

ISSN: 1303-4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

VIII/2 - IX/1

ÖZEL SAYI:

**PROF. DR. ERHAN ADAL'A
ARMAĞAN**

SPECIAL ISSUE:

**ESSAYS IN HONOUR OF
PROF. DR. ERHAN ADAL**

SPEZIALAUSGABE:

**FESTSCHRIFT FÜR
PROF. DR. ERHAN ADAL**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

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

Cilt: VIII, Sayı: 2

Vol. VIII, No. 2

Yıl / Year: 2011

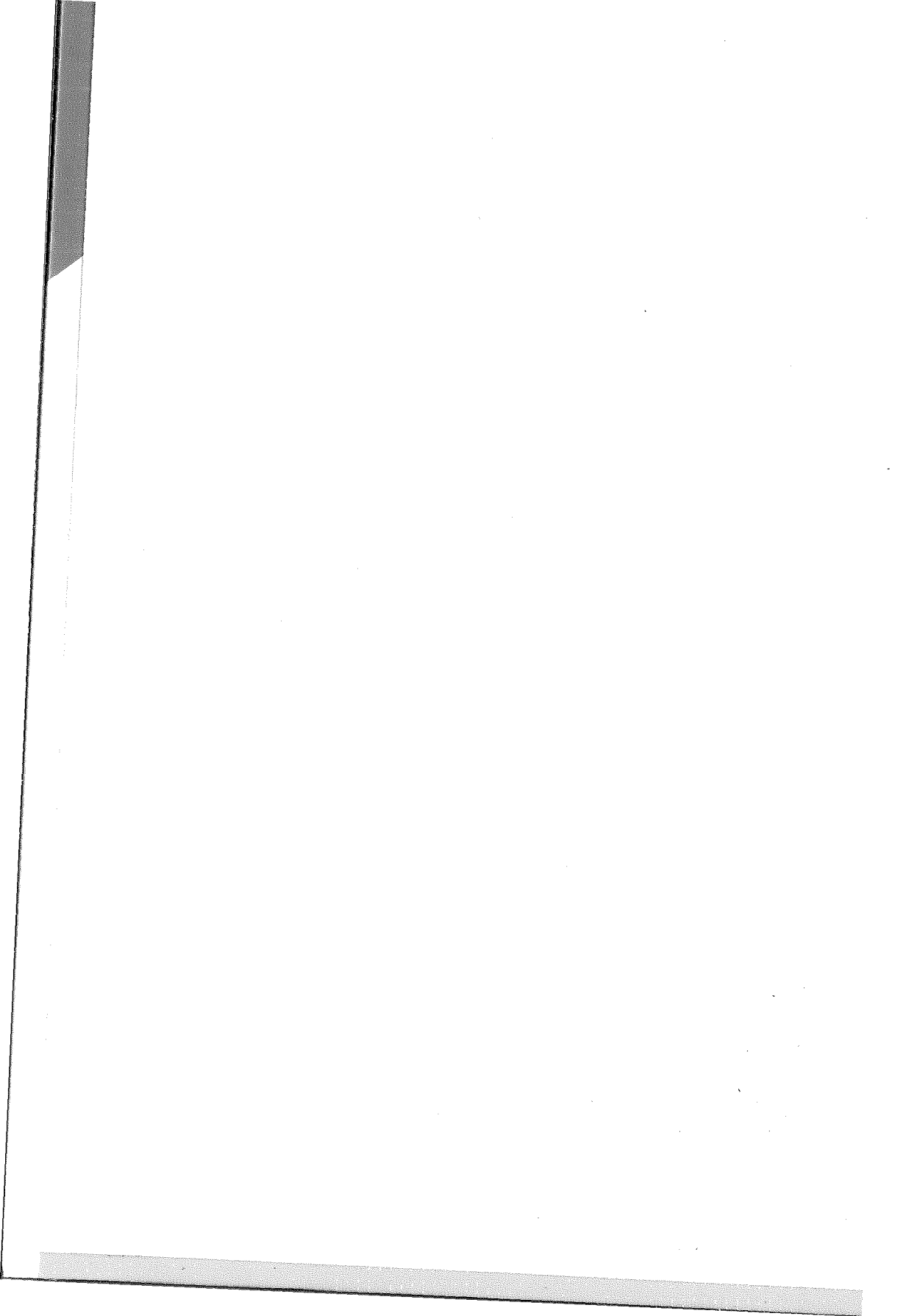
Cilt: IX, Sayı: 1

Vol. IX, No. 1

Yıl / Year: 2012



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

ÖZEL SAYI:

**PROF. DR. ERHAN ADAL'A
ARMAĞAN**

SPECIAL ISSUE:

**ESSAYS IN HONOUR OF
PROF. DR. ERHAN ADAL**

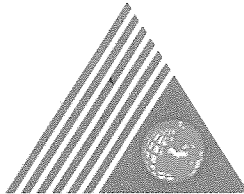
SPEZIALAUSGABE:

**FESTSCHRIFT FÜR
PROF. DR. ERHAN ADAL**

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

**Cilt: VIII, Sayı: 2
Vol. VIII, No. 2
Yıl / Year: 2011**

**Cilt: IX, Sayı: 1
Vol. IX, No. 1
Yıl / Year: 2012**



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 /
Yeditepe University Faculty of Law)

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul. Tel.: (0216) 578 07 67

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

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak
yayımlanan, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal
Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*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. Tel.: (0212) 629 63 15

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / Istanbul

Basım Tarihi / Publication Date

2012

ISSN: 1303 - 4650

Editör / Editor

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
abudak@yeditepe.edu.tr

Editör Yardımcısı / Associate Editor

Yard. Doç. Dr. Efe DİRENİSA (Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi / Yeditepe University Faculty of Law)
efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

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

**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

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.

Copyright © 2012

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. Haluk Kabaalioğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Kocaeli 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
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. Haluk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
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. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Bölüm Başkanı; Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht

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

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Necla Akdağ Güney, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Yard. Doç. Dr. Semir Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz 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. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Efe Drenisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Araş. Gör. Tülay Özer, 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.

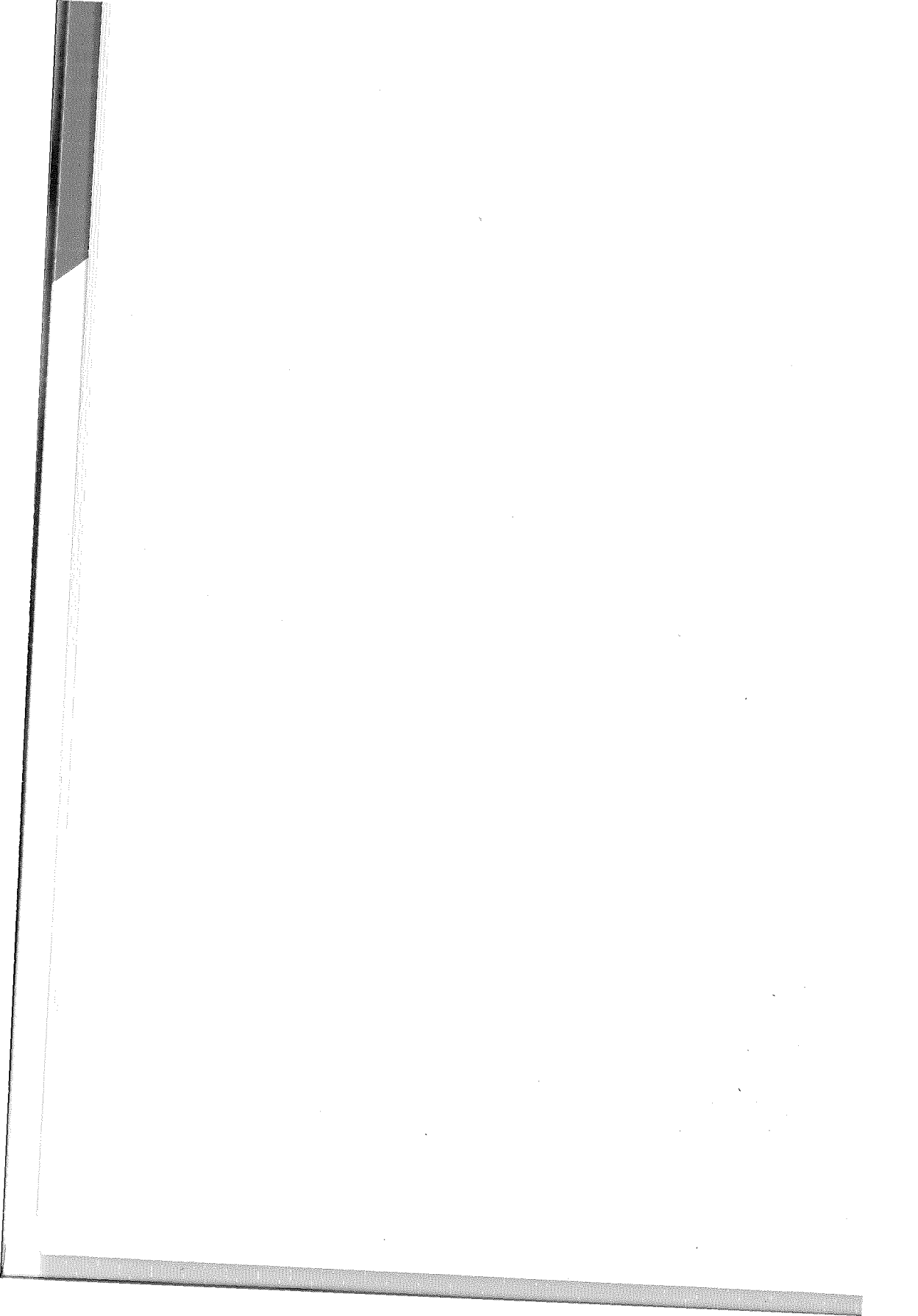
All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center) Law Database Committee whenever required.

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 sayıda 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).



Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağanı Sunarken

Uzun yıllar İstanbul Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi'nde görev yaptıktan sonra Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde akademik yaşamını sürdüren Prof. Dr. Erhan Adal'a armağan fikri daha önce de arzu ettiğimiz, ancak gerçekleştiremediğimiz bir proje idi.

2010 yılında Prof. Dr. Ali Rıza Okur'un önerisi üzerine projeyi hayata geçirdik. Bir buçuk yıllık yoğun bir çabadan sonra mutlu sona ulaşmış bulunuyoruz. Emeği geçenlere ve katkıda bulunanlara Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına en içten teşekkürlerimi sunarım.

Bu ilk armağanı diğerlerinin de izleyeceğini umarım.

Armağanlar, çevrelerinin hocalarına bir hediyesi, bir vefa göstergesidir. Hocalara olan saygı ve sevginin bir ürünü olan armağanların bir amacı da bilimsel çalışmaların yanında, anılarla da armağanlara renk katmaktır. Armağanlar başlangıçta hocalar vefat ettikten sonra çıkarılırdı. Artık emekli olduktan sonra çıkarılıyor. Böylece bu vefa ve sevgi selini, yaşarken de duyup tatma zevkini hocalarımıza sunmuş oluyoruz.

Armağan hazırlığı diğer akademik çalışmalardan oldukça farklıdır. Her şeyden önce ortak bir üründür. Önce bir grup öncü, armağan fikrini benimseyip olgunlaştırmakta, gerekli izin ve temaslardan sonra çalışmalar başlatılmaktadır. En zor aşama armağanın duyurulması ve katkıda bulunmak isteyenlerden yazıların toplanmasıdır. Armağanı oluşturacak olan da bu aşamadır.

Armağanlar üniversitelerde asıl çalışma birimi olan fakültelerin bir ürünü olmalıdır. Nasıl aile toplumun temeli ise, fakülteler de üniversitelerin temelidir. Bu nedenle armağanların fakülteler tarafından, dergilerin özel sayısı olarak çıkarılması, hem fakültenin tanıtılması, hem de ilgili hocaya sadece çevresinin değil fakültesinin de bir teşekkürü olarak algılanacaktır.

Yazılarıyla, çabalarıyla bu Armağan'a katkıda bulunan meslektaşlarıma, Armağan'ın baskısını gerçekleştiren Mor Ajans'a teşekkürlerimi sunuyorum.

Değerli Hocamız Prof. Dr. Erhan Adal'a Fakültemize olan katkılarından dolayı şükran duygularımı yinelerken, bundan sonraki armağanlı yaşamında yakın çevresiyle birlikte sağlıklı, uzun ve mutlu bir ömür diliyorum.

Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mustafa Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Caner Bulur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Aksoy Yavaş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. İpek Kocagil, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Tuğçe Tuzcuoğlu, İzmir Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İki yıllık yoğun bir çabadan sonra mutlu sona ulaşmış bulunuyoruz.

Elimizdeki bu emaneti artık size, Prof. Dr. Erhan Adal'ı sevenlere, onun arkadaşlarına ve öğrencilerine sunmanın mutluluğu içindeyiz.

Bu çabamızda bizlere destek olan Rektörümüz Prof. Dr. Nurcan Baç'a, Dekanımız Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu'na, Armağan'a makaleleri ile hayat veren meslektaşlarımıza, yine Armağan'ın Fakülte Dergimizin özel sayısı olarak yayımlanması konusundaki büyük destek ve katkılarından dolayı Dergi editörlerimiz Prof. Dr. Ali Cem Budak'a ve Yard. Doç. Dr. Efe Dırenisa'ya en içten saygı ve şükranlarımızı sunarız.

Armağanı ile bize bu mutluluğu yaşama imkânı veren değerli ve sevgili Hocamız, ağabeyimiz, kardeşimiz Prof. Dr. Erhan Adal'a huzur, mutluluk ve sağlık dolu bir yaşam diliyoruz.

Prof. Dr. Erhan Adal'ın Özgeçmişi

1934 doğumlu Erhan ADAL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini 1956 Haziran döneminde, Fakülte Lisans Eğitimini *dört yılda bitiren beş kişi arasında yer almış*, avukatlık stajını yaparak, 1957 tarihinde İstanbul Barosu'na kaydolmuştur.

Erhan ADAL, Fakültenin Doktora İhtisas ve Lisans Eğitimlerini tamamladıktan sonra, 1957-1958 yılında I. No.lu Medenî Hukuk ve Mukayeseli Medenî Hukuk kürsüsü'ne Asistan olarak girmiş ve 1963 yılında "*Trafik kazalarında akit dışı hukukî sorumluluk*" adlı teziyle "*Hukuk Doktoru*" unvanını almıştır.

1961'de misafir olarak gittiği New York, *Columbia Üniversitesi*'nde (*Master of Comparative Law*) ve 1964'de *Strasbourg Mukayeseli Hukuk Enstitüsünden* de (*Mukayeseli Hukuk Doktoru, Kısım -I*) derecelerini kazanmıştır. Columbia Üniversitesi *Parker School of Foreign Law Enstitüsünde*, Amerikalı öğrencilere, "*Türk Hukukunda Haksız Fiiller*" konulu dersi vermiş, Columbia üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı da başarılı çalışması nedeniyle Erhan Adal'a 15.01.1962 tarihinde "*Başarı ve Takdir Belgesi*"ni vermiştir.

Kendisi 1968-1978 yılları arasında Türk Sevk ve İdare Derneği'nde *Personel Yönetimi ve Beşerî İlişkiler Müşavir Uzmanı* olarak çalışmış olup, 1969'da İngiltere'de *Urwick Orr Management Center* ve 1972'de Amerika'nın *Harvard Üniversitesi*'nde 4'er aylık (*Yönetici Geliştirme Eğitimlerine*)-(PMD) katılmış ve bu programdan mezun olmuştur. 1974'de Fransa'da, *Fontainebleau, (INSEAD) Enstitüsü*'nün çalışmalarına katılarak "*Uluslararası Yönetici Öğretim Üyeliği*"(ITP) diplomasını almıştır.

Ülkemizde ilk defa organize edilen *Duyarlık Eğitimi* laboratuvar çalışmalarını (*T- Grubu*), öğretim görevlisi merhum Sadi Gencer ile birlikte ve tek başına yönetmiştir.

1978-1980 yılında İstanbul, Sheraton Oteli'nde "*Eğitim ve Geliştirme Müdürü*" olarak çalışmıştır.

1980 yılında "*Sözleşme öncesi Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)*" adlı teziyle "*Hukuk Doçenti*" unvanını kazanmıştır.

1986-1988 yılları arasında Pullman Etap Otellerinin "*Eğitim Müşavirliği*" görevini de üstlenmiştir.

1988 yılında Profesörlüğe yükseltilmiş olup ilmî yayınları arasında sekiz kitap ve otuz üç monografi eseri bulunmaktadır.

1988 yılından beri Avrupa Topluluğu Enstitüsü'nde, İngilizce (*Comparative Law*) ve 1998'den başlayarak Marmara Üniversitesi Almanca İşletme Hukuku Bölümünde (*Borçlar Hukuku*) derslerini vermiştir.

1995 ve 1996 yıllarında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne kentindeki *International American University*, *İşletme ve Hukuk Fakültelerinin Dekanı* olarak görevlendirilmiştir.

Ocak 2001 tarihine kadar, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü, *İşletme Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı* görevini yürütmüş, *Medenî Hukuk* ve *Borçlar Hukuku* derslerini (İngilizce ve Türkçe) vermiş ve *Human Resources Management* Anabilim Dalında *Lisans* ve *Doktora* çalışmalarını üstlenmiştir.

29 Ocak 2001 tarihinde yaş haddini doldurup Marmara Üniversitesi'nden emekli olmuş ve 1 Nisan 2001 den itibaren Yeditepe Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme bölümünde *İşletme Hukuku, Anabilim Dalı Başkanı* olarak göreve başlamıştır.

2 Ocak 2004 tarihinde aynı Üniversitenin *Hukuk Fakültesine Dekan Yardımcısı* olarak atanmış ve *Üniversite Senatosuna üye* seçilmiş ve Ocak 2012 tarihinde ayrılmıştır.

Evli, iki çocuk babası ve iki kız torunu olan Prof. Dr. Erhan Adal, İngilizce ve Fransızca bilmektedir.

Prof. Dr. Erhan Adal'ın Yayınları

I - KİTAPLAR

Trafik kazalarında akit-dışı hukuki sorumluluk (Doktora tezi) İstanbul, 1963.

Türkçe - İngilizce Hukuk ve Ticaret Terimleri Sözlüğü Ankara, 1967.

Yeni Türkçe-İngilizce "Hukuk, Ticaret ve İşletme Terimleri ve Kısaltmalar Sözlüğü" Ankara, 1979.

Culpa in Contrahendo (Akit / Sözleşme öncesi sorumluluk) (Doçentlik tezi - fotokopi) İstanbul, 1980.

Sekreterlik Geliştirme, MESS Eğitim Kitapları Dizisi-6, İstanbul, 1984.

Türkçe-İngilizce, İngilizce-Türkçe "Hukuk, Ticaret ve İşletme Terimleri ve Kısaltmalar Sözlüğü" 4. Bası, İstanbul, 2007.

Fundamentals of Turkish Private Law, 9. Ed., Legal Printing House, İstanbul, 2010.

Hukukun Temel İlkeleri (El Kitabı), 11. Bası, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.

II - ÇEVİRİ

Babcock/Jackson olayı üzerinde yorumlar - Amerikan Kanunlar ihtilâfı sistemin de yeni bir cereyan, İBD, C. XXXIX, 1965, 50-62.

III - DERLEME

Türk ve Yabancı Özel Hukukunda Kullanılan Kısaltmalar, İstanbul, 2009.

Hukukî Araştırma Yöntemleri (fotokopi) İstanbul, 2009.

IV - MAKALELER

Trafik kazalarında zarar görenin himayesi, BATİDER, 1964, C. II, 384-396.

Trafikteki tavır ve hareketlerde yeni bir temel kaide: İtimat Prensibi, İHFM, C. XXX, 1964, 234-245.

Motorlu taşıtın işletilmesi, BATİDER, 1965, C. II, 147-158.

Mecburi malî sorumluluk sigortası ve kara nakliyatına müteallik karar incelemeleri, BATİDER, 1966, C. II, 305-331.

Karayolları Trafik Kanununun mad. 35/I'in tahlili, İHFM, C. XXX, S. 3/4, 1965, 1063-1073.

Motorlu taşıt kazalarına karşı mecburi mali sorumluluk sigortası, İHFM. C. XXX, S. 3/4, 1965, 861-897.

İsviçre-Türk mevzuatında hukuki sorumluluk ve sorumluluk sigortasının kaydettiği son gelişmeler, BATİDER, 1966, C. III, 549-566.

Motorlu taşıtın, hususiyle otomobilin mahiyetinden meydana gelen tehlikenin tespiti, BATİDER, 1966, C. III, 704-719.

Kazalara bağlı haksız fiillerden doğan zararların giderilmesi (H. Çelikkale ile müşterek) (Askeri Ad. D. 1967), S. 42, 37-64.

Trafik kazalarında orta/vasat kusur kavramı, İBD. 1968, C. XLIL 18-29.

Trafik kazalarında cismanî zararın giderilmesinde tatbik edilecek esaslar, Ad. D. 1968, S. 3/4, 162-200.

Motorlu taşıt işleticisinin uğradığı zararlarla ilgili olarak "Sorumluluk çatışmaları", BATİDER, 1968, C. IV, S. 4, 620-646.

"İşe adam alma mülakatında" 7 nokta planı, Sevk ve İdare Dergisi, S. 80, Nisan 1975, sah. 25-29.

Personel geliştirilmesinde "Duyarlık Eğitimi", PERYÖN Bülteni, 1/2, 1977.

"Duyarlık Eğitimi", AKADEMİ, Sayı 1, Haziran 1982, 43-69.

Yeni Karayolları Trafik Kanununun Hukukî Sorumluluğa İlişkin Yenilikleri, 14 Kasım 1983 tarihli Milliyet Gazetesi, 2 vd.

Sözleşme görüşmeleri nedeniyle olan tutumdan dolayı Culpa in Contrahendo sorumluluğu (karşılaştırmalı araştırma), MÜ- İİBF Dergisi C. 2. S. 2,1985, 27-42.,
Personel Yönetiminde Güncel Soru: “İşletmelerimiz İçin En Verimli Elemanları Nasıl Seçebiliriz?” MÜ-İİBF Dergisi, S. 3, C. 3. 1986 s. 397-435.
Karayolları Trafik Kanununun Hukukî Sorumluluk Konusunda Getirdiği Yenilikler, MÜ-İİBF Dergisi, Yıl 1987 C. IV S. 1-2 649-665.
Sensitivity Training, J. Cont. M. No.1, March 1988, pp. 109-117.
Employment / Selection Interviewing, J. Cont. M.No.2 March 1989, pp. 92-103
Effective Listening, J.Cont. M. No. 3. March 1990 pp. 105-115.
Medenî Kanunumuzun değişik 134 üncü maddesi üzerine (Mübeccel Kiraya Armağan), MÜ-İİBF Dergisi, S. 1-2, C. VII, 1990.
Human Resource Planning, J. Cont. M. No 4, March 1991, pp.144-149.
Systematic Training, Management Thinking, Marmara University, December 1991, pp. 4-6.
Performance Appraisal, J. Cont. M. 5, March 1992, pp. 144-149.
Potential Appraisal, J. Cont. M. 6, June 1993, pp. 105-114 .
Appraisal Interview, J.Cont. M. 6, August 1994, pp. 91-104.
Traffic liability I (a Comparative Analysis) YÜHFD C I, 2004, pp.353-361.
Traffic Liability II (a Comparative Analysis) YÜHFD C II, 2005, pp.141-160.
31.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Leyla Şahin hakkında verdiği 10.11.2005 tarihli karar, Kender / Çetingil’e Armağan,Istanbul, 2007, sah. 36-227.
32. Obligatio, Borçlar Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Kavramları, YÜHFD. C. V/1, Sayı 1, 2008, sah. 3-45.
The concept of Obligatio, Law of Obligations and Contracts (a Comparative Survey), Summer School Lectures, Istanbul, 2009, 11 pages.

V - TEBLİĞLER

Kamu Ekonomik Kuruluşlarında Eğitimcilerin Eğitimi Semineri, “Duyarlık Eğitimi” MPM, Ankara, 4-15 Ekim 1975.
Beşerî Münasebetlere Giriş, Atatürk Üniversitesi, İşletme Fakültesi Dergisi, C. 2, Sayı 1, 37-41, 1976.
The General Principles of the Turkish Law of Torts, Columbia Üniversitesi Parker School of Foreign Law, 2. Sınıfında Ocak 1962 yılında verilen konferans, (22 daktilo edilmiş sahife).

VI - YÖNETİMLE İLGİLİ SEMİNER NOTLARI

Modern Personel Sevk ve İdaresinin Anlamı, 6.00/1, 1969.

İnsangücü Kaynağını Seçme Usulleri - Teknikleri 6.02/1, 1969.

İstihdam - Genel Prensipler, 6.03/1, 1970.

İnsangücü Plânlaması, 6.03/2, 1970.

Eğitim Prensipleri, 6.04/1, 1970.

Beşerî İlişkiler, 6.05/6, 1970.

Sınai İlişkiler, 6.06/1, 1971.

Modern Maaş ve Ücret İdaresi, 6.07/1, 1972.

İş Güvenliği, 6.08/1, 1972.

Motivasyon, 6.10/1, 1973.

Sevk ve İdare Denklemi/Managerial Grid, 1.01/4, 1973.

Genel Olarak Mülakat, 6.11 /1, 1974.

Tahkim, 6.06/15, 1974.

Satış Elemanlarının Yetiştirilmesi, 5.17/1, 1975.

Personelin Değerlendirilmesi, 6.12/1, 1976.

Amaçlara Yönelmiş Sevk ve İdare, 0.005/1, 1977.

Çeşitli Önderlik Tipleri ve Uyumsuzluğun Giderilmesi, 6.13/1, 1977.

Kişilerarası Etkileşim Analizi, 6.14/1, 1978.

Sevk ve İdare Geliştirme Programı (Genel Müdürler ve Üst Kademe Seviyesinde), 0.15/4, 1978.

Otel Yöneticileri için Yönetici Geliştirme Programı 0.16, 1994.



ANI YAZILARI

“YAŞAMDAN DAMLALAR”

Prof. Dr. Erhan ADAL

Yaklaşık iki yıl evvel, sevgili kıdemli dostum (hasm-ı cânım) ve değerli meslektaşım sayın Prof. Dr. Ali Rıza OKUR Bey kendisinin ve yakın arkadaş grubunun benim için bir Armağan hazırlama niyetini açıkladığı zaman çok sevindim.

Ali Rıza Hoca diğer armağanlardan farklı olması için benden kişisel anılarımı da yazmamı önerdi. Bazı anılarımı başlıklarıyla sıraladığım zaman aşağıdaki durum ortaya çıktı:

- Yetişmeme katkıda bulunanlar,
- Dönem arkadaşlarımdan bende iz bırakanlar,
- Anılardan bir demet,
- Bulduğum yere gelmemde en büyük pay sahibi olan sevgili eşim NÂLÂN hakkında,
- Büyük Önder ATATÜRK'ün yaşantımdaki yeri.

➤ YETİŞMEME KATKIDA BULUNANLAR

- ANNEM ve BABAM,
- Mürebbiyem Bayan Yollanda DEANGELİDİS,
- İngiliz High-School'da sınıf öğretmenim Mr. Henry COURTWILL,
- Edebiyat hocam Orhan Şaik GÖKYAY,
- Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ,
- Ord. Prof. Dr. Tahir TANER,
- Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR,
- Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU,
- Ord. Prof. Dr. Ferit Hakkı SAYMEN,
- Ord. Prof. Dr. Halil ARSLANLI,
- Prof. Dr. Bülent DAVRAN,
- Prof. Dr. Tarık Zafer TUNAYA,
- Prof. Dr. Ragıp SARICA,
- Prof. Dr. Lutfi DURAN,
- Prof. Dr. Halit Kemal ELBİR,
- Prof. Dr. Zahit İMRE,
- Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU,

- Prof. Dr. Rayegân KENDER,
- Prof. Dr. Nihal ULUOCAK,
- Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,
- Prof. Paul R.HAYS,
- Prof. Walter GELLHORN,
- Sadi GENCER,
- Ken BAMFORTH ,
- Prof. John B.MATTHEWS, JR.

➤ DÖNEM ARKADAŞLARIMDAN BENDE İZ BIRAKANLAR:

AHMET ONARAN, ALİ AYDOĞ, ALİ BAKLACI, ALİ FUAT KEÇECİ,
 ALP SELEK, AYDIN DEVELİPĞLU, AYSEL ALPSAL,
 AZMİ YAVUZALP, BEHİCE TUKSAVUL, BİLGE BİLBAY,
 BİLGE ONGAN, BİLGEHAN TAŞMAN, BİLON GÖRGÜN,
 BÜLENT AKBAŞ, CAHİT HACALIOĞLU, ÇETİN AKSÜYEK,
 CEVDET DAYIOĞLU, ELPİDA FRANGOPULO, ERGÜN AĞIRKOL,
 ETEM YONSEL, GEYVAN YALTI, GÜNAY YURDAKUL,
 GÜNAYDIN MERTCAN, HASAN YAVUZ CELASİN,
 İBRAHİM DÜNDAR, JAK ALMALEH,
 KONSTANTİNİS İONNİS EMİRCE, MEHMET DİNÇER,
 MİTHAT ARIKAN, MİTHAT ÖZKÖK, MUHARREM,
 NACİ ORHAN, MUKBİL, ZIRTILOĞLU,
 MUSTAFA KEMAL OKVURAN, MUSTAFA S. BALTACI,
 NECLA KALFAOĞLU, NİZAMETTİN ARIMAN, ORHAN NOYAN,
 ÖZAYDIN ÖZPAY, ÖZGÖNÜL KETECİ, PERLA LİKA BEHAR,
 ÖZGÖNÜL KETECİ, RASİN TANEL, RECAİ KOCAMANOĞLU,
 RIDVAN SOYER, SABİ RUSO, SABRİ BİLGİN, SEDAT BÖREKOĞLU,
 SEDAT ÖZVERİ, SELİM KANETİ, SUHANDAN DURAK,
 ÜMİT ALPMAN, YURDANUR BAKLACI, YÜKSEL ERGÜVEN,
 YÜKSEL ÖZALTAN

➤ ANILARDAN BİR DEMET

1945 yılında, İngiliz okulu High-School'da orta eğitime başladığım sırada beni son derece etkileyen bir olayla karşılaştım. Sınıf öğretmenimiz Mr. Henry COURTWILL çok yetenekli bir öğretmen ve son derece kibar bir beyefendi idi. Sınıfımız 12 erkek öğrenciden oluşuyordu.

Bizlere daima adımızın başına bey tanımlığını koyarak hitap eder ve orta eğitimde öğrencinin öncelikle dürüst olması gerektiğinden söz ederdi. Özellikle yalan söylememenin bir erdem olduğunu, insanların buna önem vermesi gerektiğini vurgulardı. Bu öğretmenin yaptığı bir edebiyat sınavını yaşantım boyunca

ca unutmuyacağım. Soruları dağıttıktan sonra sınav başlamıştı. Konu Shakespeare'in ünlü eseri Julius Ceasar ve onun yorumlarıyla ilgiliydi. Sınav sırasında öğretmene, not bürosundan, Londra'daki ailesinin onu telefonla aradığı bildirildi. O tarihlerde yurtdışı yıldırım konuşmaları bile çok gecikmeli olarak yapılıyordu.

Öğretmen aceleyle telefona giderken bizlere döndü ve "Beyefendiler, sizlere güveniyorum, ben sınavtaymışım gibi sükunetinizi muhafaza edin ve sınavınızı cevaplayın" dedi. Bu durum evvela sınıfta şaşkınlık yarattı sonra herkes söz vermiş gibi bu güveni bozmamamız gerektiğini yüksek sesle tekrarlayıp sınavı cevaplamaya koyulduk. Sınavın cevapları kullandığımız sıraların içindeki kapalı bölmelerde bulunuyordu. Dileyen pekala oradan yardım alabilirdi. Ancak kimse bunu yapmadı. Aradan bir süre geçtikten sonra okul müdürü Mr. Peach sınıfa girdi ve sınav yapıldığını öğrenince sınıf öğretmenininde nerede olduğunu sordu, telefona gittiğini ve kimsenin başımızda olmadığı halde sınavın devam ettiğini öğrenince de alaylı bir biçimde bize "Oh ne ala durum, siz de şimdi bana kopya çekmediğinizi mi söyleyeceksiniz?" dedi. Arkasından ekledi, "Siz bunu külâhıma anlatın, hepiniz yalancısınız!" .

Bu arada Mr. COURTWILL sınıfa girdi ve durumu müdüre açıkladı ancak o yine ısrarla cevap kâğıtlarını sonra bir de kendisinin görmesi gerektiğini söyleyerek sınıftan ayrıldı. Mr.COURTWILL'e müdürün bize güvenmemesi nedeniyle çok kızdığımızı ve kırıldığımızı anlattık, ancak o, bize söylenenin değil bizlerin ne yaptığımızın önemli olduğunu söyleyerek sınıfı yatıştırdı. Olaydan okulda kimseye söz etmedik. Akşam durumu anne ve babama açıklayıp nerede hata ettiğimizi sordum ve müdürün sözlerini haketmediğimizi ekledim. Babam kendine özgü babacan tavrıyla beni dinledikten sonra şunları söyledi "Oğlum davranışlarınızda bir yanlışlık yok, olsa olsa müdürünüz densiz davranmış".

Müdüre kızgınlığım devam etti ve bize sanki bir sömürge ülkesi vatandaşı gibi davranmasını da unutamadım. Ancak "Yiğidi öldür amma hakkını teslim et!" deyimini düşününce bir hafta sonra müdüre kızgınlığım bana, olaylara bir de onun açısından bakmam gerektiği gerçeğiyle takdire dönüştü. Bir hafta sonra aynı müdür okulun toplantı salonunda bütün öğrencileri topladıktan sonra sınıfımızı çağırarak bizleri alkışlamalarını söyledi ve herkesin önünde olayı açıklayıp şunları söyledi "Bu arkadaşlardan hepinizin önünde çok özür dilerim, onlar hakkında yanıılmışım!".

Diğer öğrencilerin tepkileri ise bize bakıp acımak oldu, neden durumdan yararlanmadığımızı sorguladıkları zaman, dürüst ve doğru olmanın her zaman takdir edilmediğini de üzülerek anlamış oldum.

İlginçtir yıllar sonra, 2005'te Yeditepe Üniversitesi Almanca Enformatik Bölümü talebelerimi, Hukukun Temel İlkeleri sınavında sınıftan çıkıp bir süre yalnız bıraktım. Sınıfta bir rastlantı sonucu yine 12 öğrenci vardı ve hiçbiri kopya girişiminde bulunmadı. Hiç olmazsa 60 yıl sonra da olsa insanlara güvenebileceğimizi kanıtlamanın mutluluğunu duydum.

1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine kaydoldum. İstanbul Hukuk Fakültesi anılarımda hep kutsal bir bilgi ocağı olarak kalacaktır. Çok değerli hocalarımızdan bilgi edinmek ve pırıl pırıl arkadaşlarla çalışmak son derece zevkli bir hayat deneyimim oldu. Anılarım arasında ikinci sınıfta tank olduğum bir olayı hep hatırlarım. Doçent Dr. Mahmut BELİĞ Bey'in verdiği Devletler Hukuku, Antlaşmalar bahsinde ön sıralarda birlikte oturduğumuz, dönem arkadaşlarımdan değerli öğrenci, sonra çok iyi bir hoca ve uygulamacı olan rahmetli Selim KANETİ Bey not tutarken son derece titiz ve dikkatli bir biçimde davranıyor ve bütün sıra şiddetle sarsılıyordu. Hocamız bir müddet onu süzdü, sonra kürsüden sıramıza doğru eğilerek şöyle seslendi "Evladım, bu kadar hızlı not tutmayın, çünkü hızınıza yetişemiyorum" tabii sınıfta bir kahkaha tufanı koptu.

1996 yılında Marmara Üniversitesi Fikirtepe kampüsündeki İngilizce İşletme Bölümünde verdiğim İngilizce Hukuka Giriş ve İşletme Hukuku dersine bölümün işletme, iktisat ve uluslararası ilişkiler öğrencileri katılıyordu. Dersler o yıllarda büyük bir barakada yapılıyordu. O yıl Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne kentindeki International American University'nin Hukuk Fakültesi Dekanı olarak haftanın belli günlerinde Kıbrıs'ta hem ders verip hem de idari faaliyetlerimi sürdürüyordum. 1996'nın Şubat ayında uçağımız bir hava korsanı tarafından Münih'e kaçırıldı ve heyecanlı bir maceradan sonra yurda döndük. Dönüşte kampüste verdiğim derse başlamadan evvel öğrencilerin hep birlikte beni ayakta alkışlayarak İngilizce söyledikleri "Sevgili hocamız, seni çok özledik, iyi ki varsın!" şarkısı yaşantımda beni çok duygulandıran anılarımdan biridir.

29 Ocak 2001 yılında Marmara Üniversitesinden emekli olduğum zaman aldığım bazı iyi dileklerden de söz etmek isterim:

"İnsanlığa verdiğiniz hizmetin (mekân olarak) yön değiştirdiği bu günde, bizimle paylaştıklarınızı asla unutmayacak, sevecenliğiniz, sevimliliğiniz, bil-

gileriniz, disiplininizle ... Atatürk'ün hizmet arkadaşı olarak ışığımıza katkılarından dolayı çok müteşekkir olduğumu belirtirken bizler ve dolayısı ilke ülke ve de evrensel bilgi ve örneklemeler ile bakış açımızı daha da genişletmek için sarfettiğiniz enerji, bilgi ... Mürekkebebinizin hiç bitmemesini diliyor, sağlıklı, mutlu, başarılarla doymayan yıllara”.

Sonsuz saygılarımla,
Bircan ALKAN

Sayın Prof. Dr. Suna TEVRUZ Hanımefendi'nin Başkanı olduğu Marmara Üniversitesi İngilizce İşletme Bölümü Öğretim Üye ve Araştırma Görevlilerinin, emekliliğim nedeniyle sundukları İngilizce şiiri de buraya eklemek isterim.

TRIBUTE TO A FRIEND

I love you not only for what you are,
but for what I am when I am with you.
I love you not only what you have made of yourself,
but for what you are making of me.
I love you for the part of me you bring out.
I love you for ignoring the possibilities of the
fool and weakling in me,
and laying firm hold on the possibilities of
good and strength in me.

Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsünde Yüksek Lisans ve Doktora çalışmalarını tamamlayan ve halen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Devletler Özel Hukuku kürsüsünde yardımcı doçent olarak çalışan sayın Faruk Kerem GİRAY Beyin 14 Haziran, 2006 tarihli nazik mektubundan da söz etmek isterim:

Bana, babalık yapan, yeri geldiğinde kendi sağlığını geri planda tutarak ameliyata girmezden evvel tezimi okuyan örnek ve bir o kadar da eşsiz bir hoca oldunuz, yeri geldiğinde kalp kırmaksızın yanlışlarımı gösteren ve düzelten bir büyükbaba oldunuz. Bir “baba” gibi şefkat gösteren, bilginizle, tevazu sahibi davranışlarınız ve karakterinizle her zaman örnek alınan ve öğrencilerinizi birer oğlunuz ve kızınızmış gibi gözeten bir hoca olarak, sizden gördüğüm yardımların, yakınlığın yanında, hissettirdiğiniz güven ve gösterdiğiniz hoş görü-

nün hiçbir zaman unutulmayacağını hatırlatmak adına “Babalar Günü”nü en iyi dileklerle kutlar, en derin saygı ve en içten sevgilerini sunarım.

Saygı ve sevgilerimle
Faruk Kerem GİRAY

Bu bölümü bitirirken anılarımda çok önemli bir yeri olan ve daima “yol gösterici” kabul ettiğim sevgili babamın bana yazdığı mektubu aynen ilâve etmek istedim.

«Orta tahsile başlarken oğlum Erhan’a öğütlerim»

Her şeyden evvel Allahı bil, onu unutma, Zira bizi yaratan ve yaşatan odur. Peygamberin Muhammedi sev ve onun şefaatını dile. Çünkü öldükten sonra ancak onun delâletiyle ahrette saadet bulabilirsin. Ananı ve babanı sev, onlara saygı göster, kalplerini kırma ; çünkü daima senin için ve senin iyiliğin için çalışan insanlardır.

Temiz ol, zira insanlar ancak temiz kimseleri severler, pislerden herkes nefret eder.

Terbiyeli ol, çünkü terbiye insanları hayvanlardan ayıran birinci vasıftır. Nazik ol, bir şey isterken, konuşurken daima nezaketle hareket et; çünkü kabalık karşındaki insanı senin aleyhine çevirir.

Doğru ol, bir şeyi yaparken, evvelden çok dikkat et; fakat yaptıktan sonra yaptığın iş yanlış dahi olsa onu inkâra kalkışma.

Çalışkan ol, çünkü insan hayatta yalnız kendi çalışmasıyla hayatını kazanabilir.

Namuslu ol, çünkü namus tefâkkisi insanlar arasında öyle bir karakterdir ki, onu kaybeden bir kerre daha hayatında ona nail olamaz. Metin, sebatkâr ve azimli ol, yani derslerinde karşılaşacağın zorluklar seni korkutmasın. Bunlar karşısında çalışmakla mutlaka gayene vasil olmayı kendine hedef bil.

Yalan söyleme, çünkü yalancılık insanlar arasında senin mevki ve haysiyetini sifıra indirir.

Arkadaşlarınla iyi geçin, kimsenin kalbini kırma çünkü seni bilmeyen ancak arkadaşlarından öğrenir. Arkadaşların arasında müzevirlik etme; yani birinden söz alıp diğerine götürme.

Öğretmenlerine kafa tutma, onlara saygı göster. Çünkü sen bilmediklerini onlardan öğreneceksin. İnsan saygı göstermediği bir kimsenin sözüne kıymet vermez ve ondan bir şey öğrenemez.

Şimdilik öğütlerim bunlardır. Kendini bunlara uydurursan bana ne mutlu.

1. 8. 1945

Celal Adıg

➤ BULUNDUĞUM YERE GELMEMDE EN BÜYÜK PAY SAHİBİ OLAN SEVGİLİ EŞİM NÂLÂN HAKKINDA

YAŞAMDAN DAMLALARI bitirirken hayat arkadaşım, 44 yıllık sevgili eşim NÂLÂN hakkında okuyucularla paylaşmak istediğim konuları izninizle kısaca özetleyeyim.

Sevgili eşim Nâlân, İzmir'in Karşıyaka semtinde dünyaya gelmiş, koyu bir Karşıyaka ve Galatasaray taraftarıdır. Kendisinden örnek aldığım nitelikler yaşama daima olumlu bakması, serinkanlı olması, karşısındakinin yerine kendini koyabilmesi, konuşmadan evvel dikkatlice dinlemesi, güleryüzlü olması, dertlerinizi açabileceğiniz bir dost ve yakın arkadaş olabilesidir.

Nâlân ile yaşadığımızda zorlukların üstesinden gelirken daima bana moral vermiş ve destek olmuştur. Kendisi aynı zamanda Türkiye'de İnsan Kaynakları konusunda duayenlik mertebesine ulaşmış yöneticilerden birisidir. İçinden çıkamayacağımı düşündüğüm konularda daima ona danışırım ve mutlaka bir çözüm yolunu da bulduğunu da hayranlıkla gözlemlerim.

Nâlân ilk evliliğimden olan sevgili kızım Sabiha'yı daima öz kızı gibi sevmiş, onu evliliğimizden doğan sevgili oğlum Can'dan hiç ayrı tutmamıştır. Aynı şekilde torunlarım, İrem ile Defne'yi de aynı sevgi ve ilgiyle kucaklamıştır. Tanrı Nâlândan bu açıdan da razı olsun, bütün bunlar bana ayrı bir mutluluk vermiştir.

Akademik hayatımda basamakları ondan aldığım güç ve ilhamla çıktım ve bugünkü durumuma eriştim. Onun öğrenmeye ve gelişmeye olan ilgisi bende her zaman hayranlık uyandırmıştır. Buna en iyi örnek de 1972'de Harvard Üniversitesi'nin iştirakçi eşleri için düzenlenen konferanslara ve İşletme fakültesi Dekanı Prof. L. E. FOURAKER'in özel izniyle mesleğiyle ilgili çok önemli bir eğitim programına katılması, zerafeti, kusursuz İngilizcesi ve görgüsü ile hayranlık uyandırmasıdır. Böyle bir eşe sahip olduğum için kendisiyle her zaman olduğu gibi gurur duydum.

1996 yılında Geçitkale adlı Kıbrıs-Türk Havayolları'na ait uçağımız kaçırıldığı zaman Nâlâncığım duyduğu endişeyi hissederek çok üzüldüm. Münih hava alanına sağ salim inince onu telefonla arayıp, espriyle karışık olarak "yahu Nâloş, kırk yılda bir kaçamak yapayım dedim, onu da dünya alem duydu" dediğimde onun kahkahalarıyla son derece rahatladım. O tarihten sonra seyahatlerimizde birbirimizden hiç ayrılmadık.

Son iki yılda geçirdiğim altı ameliyatta bana verdiği destek ve yardımı yaşadığım boyunca unutamam. Tanrı ona uzun ve sağlıklı bir ömür versin.

Son olarak kendisine aşağıdaki cümleyle hitap etmek isterim:

« *Nâlâncığım iyi ki varsın* »

İsterseniz anıları ait oldukları yerde bırakıp biraz da günümüzde beni üzen ve çok düşündüren bir konuya birlikte değinelim:

➤ TÜRKÇEYİ DOĞRU VE GÜZEL BİÇİMDE KONUŞMAK

Burada bugünkü Türkçemizin içler acısı durumuna değinmek istiyorum. Yaşamım boyunca ana dilimizin böylesine yozlaştığına şahit olmadım. Kitle iletişim araçlarının yaygınlığı arttıkça Türkçemizi koruma konusundaki çaba ve duyarlığımız da giderek azalıyor

Türkçemiz; barbarların komşu ülkelere akın yapıp onları yakıp yıkmalarına benzer bir biçimde yabancı sözcüklerin istilasına uğramıştır. Televizyon, basın yayın ve sinema gibi kitle iletişim araçlarında rastladığımız kelimelere kısaca bir göz atacak olursak nelerle karşılaşılıyor: “bay bay, indirek durumlar, hobi, modalite, operasyon, halusinasyon, provokasyon, spekülasyon, sponsorluk, reyting” gibi.

İkinci olarak çeviri yoluyla dilimize kabul ettirilmeye çalışılan ve genellikle reklamlarda yer alan şu sözlere bir bakalım: Aman Tanrım!, bugün kendinize bir iyilik yapın ve kendinizi şımartın; kendini evinde gibi hisset, Hocam, kendinize çok dikkat edin, olur mu? bazan bu oyuna ben de katılarak şu karşılığı veriyorum: Demek ki son gördüğünüzde benden ümidi kesmişsiniz ki hala hayatta olduğum için tahtaya vurmak yerine bu deyiimi kullanıyorsunuz”.

Dil, insanlar arasında iletişim kurmaya yardımcı olmaya yönelik bir aydınlanma aracı ve kültürün içinde bir öğedir. Bunun doğru kullanılmasının ilk koşulu konuştuğumuz dili önemsemekle başlar. Önemsemeyi geliştirmede en önemli görev Türkçe dil eğitimcilerine düşer. Dilimizin doğru ve düzgün bir biçimde yazılması ve özen gösterilmesi titizlikle yerine getirilmesi gerekir. Yazı ve konuşma dilinin duru ve sade olması, argo ve kaba kelimeleri içermemesi de şarttır. Bu konuda merhum Ali PÜSKÜLLÜOĞLU Bey’in Türkçe Sözlüğü gençlere yardımcı olabilir.

Yarının hukukçularına düşen öncelikli görev, doğru ve güzel Türkçe konuşmaktır. Birey öncelikle kendi öz dilini iyi bilir ve kullanabilirse, ikinci ve üçüncü yabancı dilleri daha doğru öğrenebilir.

19 Haziran 2007 tarihli Bugün gazetesi haber kaynağına göre Türk Dil Kurumunun güncel Türkçe sözlüğünde 111 bin 27 kelime bulunmaktadır. Bunun 14 bin 98’i yabancı kökenlidir.

Hangi dilden kaç yabancı kelime var diye bir soru sorduğumuz zaman aşağıdaki tablo ile karşılaşırız:

Almanca	98	İbranice	7	Moğolca	4
Arapça	6467	İngilizce	485	Norveççe	2
Arnavutça	1	İspanyolca	33	Portekizce	3
Bulgarca	19	İtalyanca	89	Rumca	400
Ermenice	24	Japonca	9	Rusça	44
Farsça	1359	Korece	1	Slavca	24
Fince	2	Latince	78	Soğdca	2
Fransızca	5253	Macarca	9	Yunanca	48

Aldığımız yabancı kelimelere bir kaç örnek vermek gerekirse:

Arapça: Cumhuriyet, halk, devlet, hukuk, hürriyet, adalet, milliyet, vatan, şehit, akıl, aile, ahlak.

Fransızca: Laik, sosyal, bürokrasi, televizyon, radyo, terör, abajur, otomobil, asansör.

Farsça: Çevik, zengin, aferin, bahçe, bülbül, can, canan, abdest.

İtalyanca: Politika, gazete, alaturka, banka, çapa, çimento, fabrika, firma.

İngilizce: Bot, çips, futbol, gol, korner, firikik, stadyum, hostes, kariyer, lobi, linç.

Rumca: Avlu, bezelye, fener, zoka, çerez.

Almanca: Dekan, doçent, filinta, kuruş, otopark, şalter, vokal, panzer.

Korece: Tekvando.

Arnavutça: Plačka.

Yazdığım kitap ve makalelerde bugün dilimize yerleşmiş ve benimsenmiş öz Türkçe deyimleri kullanmaya özen gösterdim. Kısaca bazı örnekler vereyim: güçsüzlük (acz), almaya yetki (ahzu kabza selâhiyet), ortaklık (şirket), sözleşme (akit), nesnel (aynî), hukuka aykırı eylem (haksız fiil), birey (fert), ödence/giderim (tazminat), geri verme (iade), borçlanma (iltizam, taahhüt), hakkın düşmesi (sukut-u hak), temsilci (mümessil), çekişmeli (hasımlı), geçerli (muteber), geçersiz (hükümsüz), zorlama (cebir), zorda kalma (ıztırar), haklı savunma (meşru müdafaa), bilirkişi (ehlivukuf), belirtim (şerh), kütük (sicil), yevmiye (günlük), kanıtlayıcı belgeler (evrak-ı müsbite), bozulma (fesih) taşınır (menkul), taşınmaz (gayrimenkul), paylı (müşterek), elbirliği (işti-rak), bütünleyici/ayrılmaz parça (mütemmim cüz), eklenti (teferruat), doğal ürün (tabii semere), yargıç (hâkim), yargı organı (mahkeme), yargıtay (temyiz), tüzel (hükmi), toplantı (içtima), hak davası (istihkak davası), olağan

(adi/basit), olağanüstü (fevkalâde), yönetim (idare), eğenim/harcama (tasaruf), işlem (muamele), kazanılmış (müktesep), geçmişe etkili (makabline şâmil), uyuşmazlık (ihtilâf), hakkın kötüye kullanılması (hakkın suiistimali); kanıtlama (ispatlama), yargısal (kazaî), yasama (kanun yapma) tanık (şahit), icra (yürütüm), bildirim (beyan), yükümlenim (irtifak), taşınmaz yükü (gayrimenkul mükellefiyeti), yasa (kanun), yasa niteliğinde (kanun hükmünde, tüzük (nizamname), buluntu (lukata), işleme (hukukî tağyir), gömü (define), benimseme (ihraz), yasalaştırma (kanunlaştırma), yasa koyucu (kanun vazı), yaptırım (müeyyide), soydanlık (nesep), düzgün (sahih), egelik (velayet), korumanlık (vesayet), öneri (icap), dokunulmaz pay (mahfuz hisse), nesne (şey), sezginlik (mümeyyiz olma), erginlik (rüşt), kısıtlı olmak (hacir altına alınmak), öncelikle alım/önalım (şüf'a), alım (iştirâ), geri alım (vefa), sözverme (vaad), soruşturma (takibat), kovuşturma (tahkikat), silim (terkin), yükümlü olmak (borçlu olmak), yüklenici (müteahhit), dolaşım (tedavül), oturma (sükna), elmen (zilyet), geçimlik (nafaka), bağımsız (aslî), bağımlı (fer'i), görünür (zahiri), belge (karine), yararlanma (intifa), yetenek (ehliyet), kamusal (resmî), belge (senet), özel (hususî), kamu (âmm), iyiniyet (hüsnüniyet); zamanaşımı (müruru zaman) gibi deyimler belirtilebilir.

Bunun yanında, uygulamada halk arasında yerleşmiş bulunan ve yadırganmıyan af, aile, ceza, hukuk, dava, hak, imza, iflâs, kabul, kefil, kusur, mal, malik, miras, nüfus, teslim, tescil, ticaret, tüccar, tereke, vasiyet, vasiyetname, zarar ziyan gibi arapça sözcükler ile amortisman, garanti, ipotek, rejim, personel, organizasyon gibi batı dillerinden gelip dilimize yerleşmiş bulunan benzer terimleri de aynen muhafaza ettim.

Kanımca, doğru ve güzel biçimde Türkçe konuşmak için aşağıdaki eserlerden yararlanabiliriz:

- *ALİ PÜSKÜLLÜOĞLU* - TÜRKÇE SÖZLÜK, 7. BASKI, ANKARA, 2004.

- *ALİ PÜSKÜLLÜOĞLU* - DİLE KARIŞILMAZ MI? İSTANBUL, 2008.

- *FEYZA HEPCİLİNGİRLER* - TÜRKÇE "OFF - 1", 24. BASKI, İSTANBUL, 2005.

- *ATALAY KEMAL* - ALO TÜRKÇE NEREDESİN? İSTANBUL, 2008.

- *ÖMER ASIM AKSOY* - DİL YANLIŞLARI, TÜRK DİL KURUMU YAYINLARI, ANKARA, 1980.

- *RÜŞTÜ ERATA* - SACHMALAMA TÜRKÇE DE NEYMİŞ! İSTANBUL, 2004.

ANAYAZIM KILAVUZU – ÖMER ASIM AKSOY'UN BAŞKANLIĞINDA BİR KURULCA HAZIRLANMIŞTIR, 24. BASKI, İSTANBUL, 2004.

Yazımı sonlandırırken *Adalet* kavramıyla ilgili beğendiğim 10 güzel sözü sizlerle paylaşmak isterim:

“Adalet gücü bağımsız olmayan bir milletin, devlet halinde varlığı kabul olunamaz. ATATÜRK

Adalet, evrenin ruhudur. ÖMER HAYYAM

Adalet mülkün temelidir. HZ. ÖMER

Bırakın adalet yerini bulsun, isterse kıyamet kopsun. WILLIAM WATSON

Bir saat adaletle hükmetmek, bir sene ibadet etmekten daha hayırlıdır. HZ. MUHAMMED

Devletin hazinesi adalettir. KONFUÇYUS

İnsanın en büyüğü, en yüksek mevkide iken tevazu gösteren, kudret sahibi iken affeden ve kuvvetli olduğu vakit adaletle hareket edendir. A.

MERVAN

Kendini yargulamak başkalarını yargulamaktan daha zordur. SAINT EXUPERY

Adalet erdemlerin kraliçesidir. Latin Atasözü

Adalet onurlu yaşamak, başkasına zarar vermemek, herkese kendine ait olanı vermektir. ULPIANUS”.

➤ BÜYÜK ÖNDER ATATÜRK'ÜN YAŞANTIMDAKİ YERİ

Hukuk Fakültesi altıncı kattaki 609 numaralı odama girenler üç duvarımın Atatürk'e ait resimlerle kaplı olduğunu görecektir. Bunun nedeni ise Atatürk'ün her Türk gibi benim yaşantımda da oynadığı ayrı bir rolden kaynaklanır.

Kıbrıs kökenli bir aileden gelen bir Türk vatandaşımı. Ailemin Kıbrıs'tan Anayurda göç etmesini sağlayan 1924 Tarihli Lozan Antlaşması'nın tanıdığı bir olanakla annem ve babam Türkiye'ye geldikten sonra İstanbul'da dünyaya geldim. Atatürk olmasaydı ben bu cennet vatanı olur muydum, bilemem.

Bu nedenle Atatürk benim Türkiye'de dünyaya geliş nedenimdir, ben de bunun bilincinde olarak daima onun devrimlerini korumaya ve öğrencilerime bunu öğretmeye kendimi adanmış bulunuyorum.

➤ ÜLKEMDE BİLİMLE UĞRAŞANLARIN KARŞILAŞTIKLARI ZORLUKLAR

Armağana yazdığım yazımda ülkemde bilimle uğraşanların zorluklarına da temas etmek isterim:

Örneğin, Osmanlı döneminin son zamanlarında iki ünlü Darülfunun müdürü Hoca Tahsin Efendi ve Salih Zeki bey, ülkemizde ilim yapmanın zorluklarından yakınıyorlardı.

Hoca Tahsin Efendi 1870’de görevinden azledildiğinde üzüntüsünü şu mısralarla açıklamıştı:

*“Cehalet Mültezem, Kesb-i Kemaldir Cünhamız Bildim,
İlahi Cürm-i Tahsil-i İlimden Tövbeler Olsun!”*

Yani *“Cehalet gereklidir, yetkinleşmeye çalışmaktır suçumuz bildim,
Allahım, bilim tahsil etme suçumuzdan dolayı tövbeler olsun!”*

Salih Zeki Bey de, 1915 tarihinde matematikçi ve Cumhuriyet döneminde Fen Fakültesi Dekanlarından Hüsnü Hamid (Sayman) Bey’e aşağıdaki cümleyi söylüyor

“Türkiye’de bilimle uğraşmak, körler çarşısında ayna satmak gibidir”.

Bilim insanının tek bir özlemi vardır, o da Divan edebiyatı şairlerinden Baki’nin

“Huma Kuşunun Gölgesi” adlı gazelinde yer alan *“Baki kalan bu kubbede bir hoş sada imiş”* deyimini gerçekleştirmektir.

Yaşamdan Damlalar yazısını bitirirken öncelikle Romalı filozof Boethius’un

“Huzur Yakarışını” yinelemek isterim:

*“Tanrım, değiştiremeyeceğim şeyleri kabullenmek için bana olgunluk,
Değiştirebileceğim şeyleri yapabilmek için cesaret,
Bunlar arasındaki farkı ayırt edebilmek için de akıl ve hikmet bağışla”.*

Son olarak da, bu Armağan’ın düzenlenmesine karar veren Dekanımız sayın Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU’na, Armağan Yayın Kurulu Başkanı sayın Prof. Dr. Ali Rıza OKUR ile Yayın Kurulu Üyelerinden sayın Doç. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ, sayın Yard. Doç. Dr. GÜL DOĞAN, sayın Araş. Gör. İpek KOCAGİL, sayın Araş. Gör. Tuğçe TUZCUOĞLU, sayın Araş. Gör. Caner BULUR ile sayın Araş. Gör. Aksoy YAVAŞ’a; Armağan’ın yayımlandığı Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörleri sayın Prof. Dr. Ali Cem BUDAK’a ve sayın Yard. Doç. Dr. Efe DİRENİSA’ya, ve 2004 yılında Üniversitemizin İngilizce İşletme Bölümün-

den Hukuk Fakültesi kadrosuna geçtiğim zaman beni candan karşılayan Hukuk Fakültesi Sekreteri Sayın Arzu DENİZ ile Dekan Sekreteri Sayın Sevinç Özen ASLAN Hanımefendilere teşekkür ederim.

Saygı ve sevgilerimle
Prof. Dr. Erhan ADAL
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekan Yardımcısı

“Prof. Dr. Erhan Adal”

Prof. Dr. Atilla DİCLE

Prof. Dr. Erhan Adal gibi çok yönlü, renkli bir kişiliği ve engin deneyimi olan, her zaman kendini daha da geliştirmek için sürekli çaba harcayan bir hocamız hakkında yazmak hiç de kolay değil. Mükemmel bir akademisyen ve hoca, sürekli üreten bir yazar, yurtiçi ve yurtdışı hocalık ve yöneticilik deneyimleri ve aldığı çok sayıda diploma, sertifika ve ödüllerin her biri ile ilgili çok şey yazılabilir. Ancak ben bunu yapmak yerine, kendisiyle tanıştığım 2001 yılı başından itibaren Yeditepe Üniversitesi’ndeki yıllarına ilişkin birkaç anımı sizlerle paylaşmak istiyorum.

Yıl 2001. Kurulduğu 1996 yılından beri hızla büyümekte olan Yeditepe Üniversitesi’nde Provost ve Akademik İşlerden Sorumlu Rektör Yardımcısı olarak Üniversite’de olabildiğince mükemmel bir akademik kadroyu oluşturmaya çalışıyorduk. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi’nin İşletme Bölümü, gerek lisans ve gerekse Yüksek Lisans (MBA) programlarındaki öğrenci sayıları bakımından Üniversite’nin en büyük ve en hızlı büyüyen bölümüydü. Bir yandan yeterli sayıda öğretim üyesi bulmak, bir yandan da var olan kalite düzeyini daha da yükseltmek istiyorduk.

Rektörümüz Prof. Dr. Ahmet Serpil’in önerisiyle Marmara Üniversitesi, İşletme Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı’ndan yaş haddi nedeniyle emekliye ayrılmakta olan Prof. Dr. Erhan Adal adıyla tanıştım. Geçmişine ilişkin bilgi sahibi oldukça, Üniversite’ye kazandırılması gereken çok değerli bir hoca olduğu kanısına vardım. Rektörümüz de aynı kanıdaydı. Bütün inceliğiyle kendisine nasıl yaklaşabileceğimizi ve Üniversite’de ne tür bir görev üstlenebileceğini konuştuk. Sonunda, Prof. Dr. Erhan Adal’ın gerek hukuk ve gerekse yönetim alanındaki akademik birikimiyle Yeditepe Üniversitesi’nin ve İşletme Bölümü’nün gelişmesine önemli katkılarda bulunabileceği sonucuna ulaştık. Hocayı Üniversiteye davet edip, İşletme Bölümü Başkanı Prof. Dr. Ülkü Dicle ile tanıştırdık.

Ülkü Hoca ısrarla Bölüm’e alınacak her yeni öğretim elemanının Bölüm’ün bütün elemanlarına bir sunuş yapmasını istiyordu. Bunun hem Sayın Adal’ı yakından tanımak ve hem de bütün Bölüm elemanlarının kendisiyle tanışmalarını sağlamak bakımından gerekli olduğunda ısrar ediyordu. Buna karşılık, ben ve Rektör bunca yıllık hocalık, akademisyenlik ve yöneticilik de-

neyimi olan Sayın Adal'a böyle bir şeyi nasıl önereceğimizi kara kara düşünmeye başladık. Bir araya geldiğimizde de olabildiğince dolaylı yollardan Bölüm'de istediği konuda bir sunuş yapmasını istedik. Büyük bir tepkiyle karşılaşacağımızı beklerken, Erhan Hoca tüm açık yürekliliğiyle böyle bir sunuş yapmaktan büyük mutluluk duyacağını belirtti. Türkiye'de kaç tane bu ölçüde deneyim ve birikimi olan öğretim üyesinin böyle bir Üniversitede Bölüm'ün genç öğretim elemanlarının karşısına geçip, bir bakıma değerlendirileceğini düşünerek, sunum yapmak isteyebileceğini düşünüp, Erhan Hoca'ya büyük saygı duymaya başladım. Kendisiyle daha ilk tanışmamızda sayın Adal'ın Üniversitemize ne ölçüde önemli katkılarda bulunabileceğine olan inancım pekişmişti.

Prof. Dr. Erhan Adal'ın yaptığı sunuşu ben de dinledim. Sunuşunda engin bir bilgi birikimine sahip çok etkin bir hoca olduğu, dinleyicilerini kolaylıkla etkisine alıp düşüncelerinin paylaşılmasını sağladığı açıkça görülüyordu. Kendisini dinleyen herkesin Hoca'ya, bilgisine, birikimine ve yeteneklerine büyük saygı duyduğu görülüyordu.

Erhan Hoca birkaç yıl İngilizce olarak verdiği derslerle İşletme Bölümü öğrencilerine gerekli hukuk formasyonunu kazandırmaya çalıştı. Ne var ki aynı bina içinde eğitim faaliyetlerini sürdürmekte olan Hukuk Fakültesi, çok geçmeden, Erhan Hoca'nın gerek hukuk alanındaki bilgi birikiminden, gerekse yöneticilik yeteneklerinden yararlanmak isteyince, kadrosu Hukuk Fakültesi'ne aktarıldı. Hukuk Fakültesi'nde Şubat 2004'ten itibaren dekan yardımcılığı görevini üstlenmiş olan Prof. Dr. Erhan Adal, aynı tarihten itibaren fakülteyi temsilen Yeditepe Üniversitesi Senatörlüğü görevini de yürütmektedir.

Prof. Dr. Erhan Adal'ın gerek ilgili fakültelere ve gerekse Yeditepe Üniversitesi'nin gelişmesine sahip olduğu engin bir uluslararası deneyimle de önemli katkılarda bulunmuştur. Sayın Adal 1960 yılında Columbia-Michigan projesini yürütmek üzere ülkemize gelen Prof. Dr. Paul R.Hays'in asistanlığını yapmış, 1961'de burslu misafir asistan olarak gittiği New York, Columbia Üniversitesi'nden "Master of Comparative Law (MCL)" derecesini, daha sonra da 1964'de Strasbourg Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nde "Mukayeseli Hukuk Doktoru, Kısım 1" derecesini almıştır. Columbia Üniversitesi Parker School of Foreign Law'da verdiği dersler sonrasında kendisine Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından "Üstün Hizmet ve Takdir Belgesi" verilmiştir.

Prof. Dr. Erhan Adal, ayrıca, 1969'da İngiltere Urwick Orr & Partners Ltd.'de yöneticilik eğitimine katılmıştır. 1972'de Harvard Üniversitesi'nde, 1974'de Fransa'da Fontainebleau (INSEAD) Enstitüsü'nde ve İngiltere'de Leeds Üniversitesi'nde eğitim çalışmalarına katılmış; "Duyarlık Eğitimi (T-Grubu)" laboratuvar çalışmaları konusunda uzmanlık kazanmıştır. 1995 ve 1996 yılları arasında, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne kentindeki International American Üniversitesi'nde İşletme ve Hukuk Fakülteleri Dekanı olarak görev almıştır.

Uluslararası deneyim ve birikimlerinin bir yansımasını Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görüyoruz. Fakültenin çeşitli ülkelerden çok sayıda Hukuk Fakülteleri ile işbirliği içine girmiş olmasında, çok sayıda ortak proje, sempozyum ve sertifika programları yürütmesinde ve uluslararası bir nitelik kazanmasında Prof. Dr. Erhan Adal'ın rolü kuşkusuz büyük olmuştur.

Kısacası, Üniversite'de Prof. Dr. Erhan Adal gibi bir değere sahip olduğumuz ve böyle değerli bir dost edinmiş olmanın gurur ve mutluluğunu yaşıyorum. Kendisine ve ailesine sağlıklı ve mutlu nice güzel yıllar diliyorum.

Prof. Dr. İ. Atilla DİCLE
Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İşletme Bölümü

“Prof Dr. Erhan Adal ve Anılar”

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR

Adal’ın yakın çevresi, onun bir anı ustası olduğunu, doyumsuz sohbetlerinde ibret dolu anılarla kendilerinden geçtiklerini bilirler.

Adal Armağanı için bir anı yazısı yazmaya cesaret edince, bu özelliği vurgulamadan geçemedim. Anı yazımı bazı alt başlıklarla sürdürmek istiyorum: Anılarında Adal, Anılarımda Adal, Hukukçuklar misafirhanesi

- Anılarımda Adal

Prof. Dr. Erhan Adal’ın bilim formasyonu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile başlamış, Colombia Üniversitesi, Strasburg Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Türk Sevk ve İdare Derneği, Marmara Üniversitesi, Girne International American University, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile sürmüştür. Bu kurumlarda hem formasyonunu geliştirmiş, hem de çevresine bilimsel katkıda bulunmuştur. Böylesine farklı kurumlarda çalışmış olmak kişinin gelişimi ve katkı vereceği kişiler konusunda oldukça ilginçtir.

Özel sohbetlerde buralarda geçirdiği ilginç tecrübeleri bizlerle paylaşır, ibret almamızı sağlar. Ancak, bunları benim ikinci elden aktarmam hocaya saygısızlık olur. Bu nedenle bu anılardan sadece bir kısmına değinecek, ayrıntılar, hocanın ileride çıkarmayı vaat ettiği ANILARINA bırakacağım. Adal’ın paylaşmak istediğim anılarından bir kısmı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine, bir kısmı da Marmara Üniversitesi’ndeki yaşamına denk düşüyor.

- Olimpos’un gizemi

İstanbul Hukuk Fakültesi benim de 1966’da mezun olduğum bir bilim yuvasıdır. Bir hukuk abidesidir. Hukuk Tanrılarının yaşadığı bir Olimpos dağıdır. Bir kısmını bizzat tanıma mutluluğuna da eriştiğim bu hukukçular bizler için, adeta gıpta ile seyredilecek birer zirvedir: Ord. Prof. Dr. A. B. Schwarz, Ord. Prof. Dr. Tahir Taner, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar, Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Ord. Prof. Dr. Ferit Hakkı Saymen, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı, Prof. Dr. Bülent Davran, Prof. Dr. Tarık Zafer Tunaya, Prof. Dr. Ragıp Sarıca, Prof. Dr. Lütfi Duran, Prof. Dr. Halit Kemal Elbir, Prof. Dr. Zahir İmre, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu, Prof. Dr. İsmet Sungurbey, Prof. Dr. H. Nail Kubalı, Prof. Dr. Rayegan Kender, Prof. Dr. Nihal Uluocak, Prof. Dr. Ne-

cip Kocayusufpaşaoğlu, benim de dört yıl öğrencisi olmanın kıvancını yaşadığım zirve hukuk ulularıdır.

Ancak bunların yakın çevresindeki bazı hocaların Olimpos'un gizemine zarar verici onu sarsıcı davranışlarını da bizzat Adal'dan dinleme şanssızlığını yaşadım. Bunlar arasında, doktora dosyasını kaybederek adayın bir yılını çalanlar, imzalı hediye kitapları sahaflarda satanlar, fakülteodaki odasında dinlenmek için özel yöntemler uygulayanlar da vardır. Bunları da Adal Hocanın "Anılar Kitabı"na havale ediyorum.

Olimpos'la ilgili bir başka tespit de tutulmayan sözler, unutulmuş vaatlerle ilgilidir. Bunlar da "Anılar Kitabı"na havale.

Adal'dan dinlediğimiz bir başka ilginç anı, doçentliğini kurtarma operasyonudur. Adal'ın doçentlik tezi "Culpa in Contrahendo"dur. Adal, doçentlik sınavının tez ve sözlü aşamalarını başarı ile tamamlar, son aşama Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Fakülte kurulundaki oylamadır. Bu oylamada hoca bir "culpa"ya kurban olur, ama daha sonra uyguladığı kurtarma operasyonu ile doçentliği kurtarır. Bu konudaki ayrıntı da sevgili Adal'ın anılarında.

- Anılarımda Adal

Anılarımda Adal, piposuyla ve centilmenliği ile yaşıyor. Pipoyu bıraktı ama centilmenliği artarak sürüyor. Marmara'daki ortak günlerimiz karşılıklı saygı ve sevgi ile geçti. Zaman zaman ortak hastalıklarımız oldu, paylaştık, birbirimizi teselli ettik. Sonunda bunların hepsi aşıldı. Yaştan ileri gelen bazı rahatsızlıklarımız olsa da sonunda sağlığımıza kavuştuk. 2011 Adal Hoca için sağlık yönünden oldukça problemlili geçti. Ama sonuçta sağlığına kavuştu.

- Hukukçular misafirhanesi

Yeditepe Hukuk Fakültesi en eski Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesidir. Kadrolu öğretim üyeleri dışında diğer Üniversitelerden de öğretim üyesi ihtiyacını karşılar. Bu üniversitelerden biri de Marmara Üniversitesi'dir. Marmara adeta Yeditepe'nin kardeş kuruluşudur. Eski Rektör (Prof. Dr. Ahmet Serpil) Hukuk Fakültesi Dekanı (Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu) ve öğretim üyelerinin bir kısmı kadrolu, bir kısmı ders saat ücreti ile Marmara'lı öğretim üyelerinden oluşur. Ben de 2004 yılından beri Sosyal Güvenlik Hukuku, daha sonra İş Hukuku I ve İş Hukuku II derslerini yürütmüş bulunuyorum. 2009'da yaş haddinden Marmara Üniversitesinden emekli olunca, tereddütsüz kadrolu olarak Ye-

ditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne geçtim ve halen bu dersleri zevk ve heyecanla yürütüyorum. Dışarıdan gelen öğretim üyeleri için Adal Hoca'nın ve odasının farklı bir konumu vardır. Fakültede olmayan "konuk öğretim üyesi odası" ihtiyacını Adal Hocanın odası karşılar. Ben de kadrolu olarak Yeditepe Hukuk Fakültesine geçip ayrı bir odaya sahip olmadan önce yıllarca bu konuk odanın feyzinden, Adal Hoca'nın doyumsuz sohbetlerinden yararlanma olanağı buldum. Hala her fırsatta bu odayı ziyaret edip, hocanın anı sepetinden ilginç anılar devşirmeyi sürdürüyorum.

Adal'la ayrı düştüğüm tek konu onun Fener'li, benimse Galatasaray'lı oluşumdur. Neyse ki bu konudaki farkı da büyük ölçüde, eşi Nalan Hanım'ın Galatasaraylılığı ile kapatmış bulunuyoruz.

Sevgili dostum, ağabeyim, kardeşim sana sonsuz sevgi, saygı ve mutluluklar diliyorum.

Sohbetlerinden daha uzun yıllar yarar ve keyif alma dileğimle.

Prof. Dr. Ali Rıza Okur
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

“Prof. Dr. Erhan Adal İçin Kırık Dökük Birkaç Söz”

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI

Prof. Dr. Erhan Adal'ı Yeditepe Üniversitesi'nde tanıdım. Aslında O'nu, çok önceden de tanıyordum. Eskilerin deyişi ile, daha önceki tanımam, “vicahen” değil de “gıyaben” idi.

İster öyle, ister böyle olsun, O'nu hep iyi insan, kibar insan, kültürlü, makul, mantıklı insan olarak tanıdım. Değerli Hoca'yı vicahen tanıdıktan sonra da kendisinin vefalı bir dost olduğuna tanık oldum.

Anılardan sadece birini nakledeyim: Birgün Prof. Dr. Erhan Adal ile Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi asansöründe birlikte yolculuk yapıyorduk. Hocamız, o minnacık yolculukta, kaşla göz arasında, biraz da duyulmasın diye, hafifçe “lahmacun yerler kahvaltıda, sonra da ağızları kokarak gelirler buraya” demesin mi ... Buna karşı, “canım ne var ki bu sözde” diyebilirsiniz. Şüphesiz, Gaziantep'li olduğumu bilmiyorsanız haklı olursunuz. Lahmacunu, yani İtalyanlara inat Türk lezzetini seven ben, Hocamızın bu çıkışına bir an için şaşırır gibi oldum. Bereket versin ki, lahmacunu kahvaltıda tercih edenlerden değilim. Ayrıca, bu güzel “taamı” toplum içine çıkarken “götürenlerden” hiç değildim. Onun için de sevgili Hocamıza “gerçekten, lahmacun da yenir mi canım” diyebilmişim. O'nun ne kadar rafine düşündüğüne de böylece yeniden tanık olmuş, doğrusu, lahmacunu sevdiğimi söyleyememişim.

Erhan Hoca'nın hala “velüd” olmasına hayran kaldığımı da söylemeliyim. Kendileri, “Allah nazardan, kem gözden, kem sözden korusun”, sürekli olarak yazmakta, çizmektedirler. Son zamanlarda hastalıklarla boğuştuğu, birden fazla ameliyata katlandığı halde, hep görevinin başında olmuş, hep öğrencilerine koşmuş, hep insan yetiştirmenin erdemini yakalamıştır Erhan Hoca.

İnsanoğlu, şayet Tanrı aksini istememişse, madde planında her dereceyi, her makamı, her hali yakalayabilir. İnsan, başkalarının erişemeyeceği makamlara, unvanlara da kavuşabilir. Şurası kesindir ki, makamların en yücesi insanlık makamıdır. Hani, “adam gibi adam olmak” derler ya, tam da onu söylüyoruz. Kendini yenemeyen, yeri geldiğinde kendi kendisiyle alay edemeyen kişi, bütün ilimleri yutsa da, aslında cehaletin pençesinden kendini kurtarabilmiş değildir. Koca Yunus, boşuna “İlim kendin bilmektir” dememiştir. Ben, Erhan Hoca'nın kendini bilenlerden olduğuna tanıklık ederim. Bunun içindir ki, O'nu çok sayıyor, çok seviyoruz.

İnsanın, ilmi arttıkça, hilmi de artar derler. Gerçekten, bir kişi ki, başı yukarıda ve “ufak dağları ben yarattım” dercesine benliğine esir olmuştur. İşte o kişi, cahilin ta kendisidir. İnsan öğrendikçe hiç olduğunun farkına varır. Erhan Hocamızda alçakgönüllü olmak gibi derinlik de mevcuttur. O’nun hilmi, ilmindedir.

Öyle cahiller var ki, onlara “kerameti kendinden menkul veli” derler. Böyle cahiller, ilim nedir, hilm nedir, hikmet nedir anlamazlar. Varsın anlama-sınlar ... Tekrar söyleyelim ki, Erhan Hoca’nın hilmi, ilmindedir.

O’na Yüce Allah’tan sağlıklı, huzurlu ve çok uzun ömürler diliyorum.

Birkaç kırık dökük sözle Hoca’yı anlatmak ne mümkün ...

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Özel Hukuk Bölüm Başkanı

“Bir Anı ve Bir Konu”
Dr. hc. Murat Uğur AKSOY

1. Sayın Erhan Adal Hocam ile tanışmam

Almanya 1972 yılında Türkiye ile bir Anlaşma yapmıştı. Anlaşma, “Ankara Anlaşması”adı altında “Almanya’da çalışan Türk İşçilerinin yurda dönüşlerinde mesleki İntibakı “konulu bir anlaşma idi. Bu anlaşma Almanya’dan geri dönecek olan üç grup çalışmanı hedef alıyordu. Bunlar, köy kalkınma kooperatfileri yolu ile Almanya’ya gelmiş olanlar, meslek öğrenip, kendi iş yerini açmak için Türkiye’ye dönenler ve Almanya’daki teknolojiyi kendi yörelerine götürmek için Türk işçileri tarafından kurulan Türk işçi şirketleri yolu ile geri dönenler. Almanya, bu geri dönenler için Türkiye Halk Bankası’nda ve Desiyab’da Kredi özel fonları oluşturmuştu.

İşçi şirketleri çok önemli, ancak değeri anlaşılammış ekonomik bir güçtü. Anadolunun en uzak köşelerine kadar sanayiye götürmeye çalışan şirketlerin karşılaştığı en önemli sorunlarından biri de yalnızca o tarihlerde bütün sertliği ile uygulanan Türk Parasınının Kıymetini Koruma Yasasına ilişkin 17 sayılı kararın yanısıra, işçilerin şirket yönetimini (management) bilmemeleriydi.

Ankara Anlaşması’nda Almanya proje yardımını, teknik yardımı ve yönetici eğitimini üstlenmişti. İşte bu bağlamda Almanya’da yönetici eğitim seminerleri düzenlenmişti. Benim de o tarihte görevim Alman Ekonomik İşbirliği Bakanlığı nezdinde kurulan Türk İşçi Şirketleri Birliği’nin¹ genel sekreterliği idi ve kurum olarak bu yardımların düzenlenmesini koordine ediyorduk.

İşçi şirketi yöneticilerine en iyi eğitimi verecek kuruluşlardan biri de Türk Sevk ve İdare Derneği idi. İşte sevgili Erhan Hocamı ben bu seminerde tanıdım.

1970’li yılların sonu idi. Almanya’nın Ren Nehri kıyısında, Bonn kentine yakın, yeşillikler içinde Bad Honnef Kasabası’nda Alman Ekonomik İşbirliği Bakanlığının bir eğitim akademisi vardı. Yurt dışına uzman olarak gönderilecekler bu akademiye eğitim görürlerdi. İşçi şirketi yöneticileri için de bu akademi, eğitim yeri olarak seçilmişti.

¹ Merkezi Bonn’da olan ve Federal Alman İş Bulma Kurumu tarafından kısmen finanse edilen Verband türkischer Arbeitnehmersgesellschaften (VTA.eV), bu birlik daha sonra (Bfİ), Büro für die Förderung der Arbeitnehmerinvestitionen (Türk İşçi Yatırımlarını Destekleme Bürosu) adını alacaktır.

Eğitime ğretici olarak Türk Sevk ve İdare Derneği'nden iki kişi gelmişti. Biri eski Arnavutluk Kralı Zogo'nun yeğeni, dostumuz Ergun Zoga, diğeri ise sevgili Hocam, Dr. Erhan Adal'dı.

Erhan Hocam, çok yakışıklı, kolunda gümüş künyesi ile bütün seminer katılımcılarının dikkatini üzerine çeken bir kişiydi. Siyah dalgalı saçları vardı ve çok hareketli ders anlatıyor ve bir an bile yerinde oturmuyordu.

Hocamın işi şirketi yöneticileri üzerinde bıraktığı etki çok gtl idi, nitekim yıllar sonra da birçok yönetici onunla bağlantı kurmak için bana başvuracaktı.

Erhan Hocam ilerleyen yıllarda Sevk ve İdare Derneği'nden ayrılmıştı ve ben Hocamızın izini kaybetmiştim.

Daha sonra 2005 yılında bir daha karşılaşacaktık, artık Dr. Erhan Adal değil, Prof. Dr. Erhan Adal olmuştu. Yıllar yakışıklılığından hiçbir şey gtrmemişti. Birbirimizi çok kısa bir aradan sonra tanıdık ve dn ayrılmış gibi kucaklaştık.

2. İthaf edilene verilen eser satılabilir mi ?

Ben de Yeditepe niversitesinde ğretim görevlisi olmuştum ve Erhan Hocamla altıncı katta aynı odada oturuyorduk. Zaman içinde birbirimizin dert ortağı da olmuştuk. Ben derse 15 günde bir geliyor ve bu günleri iple çekiyordum.

Bir gün Hocam, bana yüreğini eskiden sıklmış olan, ancak halen unutamadığı önemli bir olayı anlattı.

Kendisi doktorasından sonra, tezini, aynı kürsüde doçent olan bir ğretim üyesine ithaf ederek vermişti. Bundan kısa bir süre sonra da kendisi, aynı kitabın Beyazıt'ta sahaflarda satıldığını görerek satın almıştı. Bu olayı, kitabı ithaf ettiği kişiye anlatınca, o kişi "hangi namussuz bunu yapmış!" diye soruyla kendisine cevap vermiş ve Erhan Hocam da "siz yaptınız" deyince, söyleyecek birşey kalmamıştı.

Ardından yıllar sonra odasını temizleyen bir asistan arkadaşım, kapısının önüne yığdığı atılacak kitaplar içinde de kendi kitabını görünce üzülmüştü.

Bu olayı bana anlattıktan sonra bana, "Murat" dedi, "Hediye edilen ve ithaf edilen bir kitap başkasına hediye edilebilir veya satılabilir mi?"

Bu konuda 06 şubat 2011 de Almanya'nın önemli gazetelerinden "Welt" gazetesinin online sayfasında bir yazı okumuştum. O yazıman çevirisini şimdi, yorum yapmadan sunuyorum;

"Mülkiyet insana yüktür" (Besitz belastet)

Armağan edilmiş şeyler armağan edilebilir mi?

Satın almak, armağan almaktan daha ucuzdur.

İnsanlar yaşlandıkça, yaşam boyunca neler saklamış ve toplamış olduğunu farkeder. Zaman zaman da bu toplanan ve birikenleri ayıklamak ve bazılarını çöpe atmak girişiminde bulunurlar.

Esasen bunları saklamaya devam etmek ve başkasına vermek konusunda karar vermek kolay olabilmelidir, bunun en kısa yolunu gösteren özdeyiş ise şöyledir: “iyi olan (yani insanın daha gereksinim duyacağı veya henüz güzel bulduğu şeyler küpün içine, kötü ve gereksiz olanlar ise çöpün içine (das Gute ins Kröpfchen, das Schlechte ins Töpfchen)”

Uygulamada eşyaları ayıklamak ise aslında daha zordur. Küçük çocuklarda da görüldüğü gibi herkesin içinde bir sahip olma dürtüsü vardır.

İlk çağlarda insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri kendilerinin yalnız avcı olmalarına değil, avladıklarını zor günler için biriktirmelerine de bağlı idi. Ne var ki, bugün evde zaman içinde biriken nesnelere ise, yaşamak için olmayıp, çoğu zaman kullanıma yarayan, ancak uzun süre kullanılmamış olan araç ve gereçlerdir. Kiler veya tavan arasındaki tozlar bunların gereksizliğinin açık kanıtı olmasına karşın, bu nesnelere atma da sürekli tereddüt edilir.

Atmak veya saklamak konusunda bana yardımcı olan iki cümle vardır. Bunun ilkini yıllar önce duydum, diğerini ise okudum. 8 Mayıs 1945 tarihinde annemle Ruslardan kaçıp Elbe Nehrinin batı yakasına ulaştığımızda (babam, ağabeyim, savaşta hayatta kalan ve esir düşmeyen alman askerleri ile birlikte) üzerimizde bir tek giydiğimiz elbisemiz ve beraberimizde kurtardığımız evrak çantamız vardı. Bu çantanın içinde de kimlik belgelerimiz, gümüş bir şekerlik ve süt için küçük bir kap vardı. Ben de diğer bütün kaçmakta olanlar gibi bunları sırt çantanın içine koymuştum. Ancak heyecan ve panik içinde ben çantayı kaybettim. Üzüntülü bir şekilde bomboş kalan ellerime baktım. İşte bu durumda annem bana 50 yıl önce duyduğum ve bugün dahi unutamadığım şu cümleyi söyledi: “Mülkiyet insana yüküdür” İnsanların eşyalarını ayıklaması konusunda okumuş olduğum diğer bir cümle ise, Theodor W. Adorno’ya ait.² Adorno yazısında “kazanmak için at!” diyor.

² Adorno Frankfurt a. M. Eleştirel Felsefe Okulunun kurucularındandır. 1923 yılında oluşturulan Frankfurt Okulu, kısaca batı felsefesinin merkezinde yer alan aklıcılığı, insanın devrimi olan insan hakları, hukuk devleti, dekokrasi gibi fikirlerle Karl Marx’ın kapitalizmin analizinin bağlantısını kurar ve eleştirir. Horkheimer, Herbert Marcuse, Löwenthal, Habermas bu okulun mensuplarındandır.

Ancak armağan sorununu ne yapacağız. Armağan olarak verilen nesnelere, başkasına armağan edilebilir mi ?

İşte bu olmaz; çünkü armağanlar, armağan verilen kişiye olan ilginin kişisel bir ifadesidir. Bir armağanı armağan etmek, verilmiş bir dostluğu başkasına devretmek gibidir. Eski Federal Şansölye Willy Brandt'ın ithaf ederek armağan ettiği bir kitap, eski kitaplar satan bir dükkanda ortaya çıkınca, haklı olarak önemli eleştirilere uğramıştı.

Ancak armağanlar da çoğalıyor, özellikle kitaplar. Ben bu armağan edilen kitaplar böylesine yığıldıkça, bunların armağan edenin anlam ve düşüncesine uygun olarak kamusal kitaplıklara, üniversitelere veya muhtaç öğrencilere verilmesinden yanayım. Son yolculuğa zaten bir şey götürülemiyor, çünkü “kefenin cebi yok”.

Bu yazı bana St Exupery'nin “Küçük Prens öyküsündeki tilki ile prensin konuşmalarını anımsattı. Orada da binlerce gül arasından tek gülün kendisi için önemini anlatır tilki. Onunla ilişkisi, gülü prens için tek kılmıştır,

İthaf da öyle, onca basılı kitap arasından ithaf edilmiş kitap tektir ve özeldir. Ben, o zaman sahaflardan böyle kitapları kitaplığı için satın alırım. Sanki terk edilmiş birini evime almak ona bir yuva vermek gibi. Kitaplığımda, ithaf edileni tanımadığım, yazarını dahi bilmediğim kitaplar vardır. Kitaplığımdan sanki bana tebessüm ederler.

Evet, artık mirasçı kalmamışsa ne yapmalı, kitap ait olduğu yere gitmeli, yani kitaplığa. Ancak çöpe veya sokak satıcısına değil. Böyle imzalı bir kitap nesiller boyu önemini korur ve sürdürür.

Konuya hukuken bakılırsa, hediye edilen nesne üzerinde mülkiyet artık hediye edilendedir. İster satar iste atar. Ancak bu “etik” olmaz. Yukarıda söylendiği gibi çoğu kez, davranış özgürlüğü sağladığı için: “**Satın almak, armağan almaktan daha ucuzdur.**”

Etik bir ahlak felsefesidir ve insanın davranışı için kural ve hedefleri belirler. Bu hedefler arasında değer ölçüleri de vardır, Immanuel Kant, önemli yapıtı “Pratik Aklın Eleştirisi”nde, kategorik Imperatifin biçimlerini tarif ederken, “Öyle davran ki, bu davranışındaki iradenin temel kuralı, her zaman genel bir yasa koyucunun ilkesi olarak geçerli olsun”³ demektedir.

Bir altın kural da, “sana yapılmasını istemediğini başkasına yapma”dır. Hiç bir kimsenin ithaf ettiği kitabın, ithaf ile birlikte piyasada görmek isteyece-

³ “Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip, einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne”.

ğini sanmıyorum. İthaf edilen bir kitabın satımının da kural olmasını kimse istemez.

Bu arada hediye edilecek kimseleri de seçmek gerekir. Bir tarihte TÜRSAB yayınlarından “Yurtdışı Seyahat Acentalarının Alacaklarının Tahsili” konulu bir kitabım çıkmıştı.

Bir tanıdığımız, biraz da bana ilgi göstermek amacı, “Murat Bey bir kitabı imzalı olarak lütfetseniz de, biz de okuyup bilgilensek” demişti. Elektrik mühendisi olan bu zat kitabı bir köşeye koyacak ve sonra da unutacaktı. Kendisine “kitabı yaynevinden isteyin” dedim ve vermedim. Şimdi doğru yaptığımı anlıyorum. Bir hukuk kitabını bir elektrik mühendisi ne yapsın.

Bende çok yakınlarımın yazdığı konuyla ilgili olmayan ithaf edilmiş teknik kitaplar var, ancak onlar benim yakınlarım.

O nedenle bir doktora tezi de nasıl olsa üniversitede dağıtılıyor. O zaman ancak ithaf isteyene bir ithaf yazılmalı, yoksa kendiliğinden yazıp verince, kitabın satılma riski artıyor demektir. Sizden ithaf isteyen, yazınıza ve imzanıza önem veriyor demektir ki, bu öneme saygı gösterir diye düşünüyorum.

Bu konu sevgili Erhan Hocam’ı üzümüştü. Ancak bu ne ilk ne de son. Willy Brandt’ın imzalı kitabı bile satıldıktan sonra ...

Kitap ithaf edeceğimiz kişileri seçmek bizim elimizde, etik davranış ise onların elinde. Bu kültürden yoksun iseler, yapabilecek bir şey yok. Umarım böyle bir durumda, meraklı birisi bulur, satın alır ve kitaplığına koyar.

Dr. hc. Murat Uğur AKSOY
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi
İstanbul ve Düsseldorf Baroları Avukatlarından

“Erhan Hocam için Birkaç Söz”

Yard. Doç. Dr. Can Tansel KAYA

Erhan Adal Hocam ile 2000’li yılların başlarında, Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü’nde tam zamanlı öğretim üyesiyken tanıştım. Genç kuşaklara aktardığı bilgi birikiminin yanı sıra, alçak gönüllülüğü ve derin kültürü beni hep etkilemiştir. Babam ile aynı ofisi paylaştığı yıllarda, sakin görünüşünün altında yatan renkli kişiliğini keşfetme ayrıcalığına sahip olmuş ve üst düzey espiri anlayışına da hayran kalmışımdır. Değerli Hocam Erdal Adal ile akademik konularda zaman zaman yaptığımız yapıcı konuşmaların, kariyerimin şekillenmesi ve de gelişmesinde, Prometheus’un alevi gibi geçeceğim yollara ışık tutacağına inanıyorum.

Yard. Doç. Dr. Can Tansel KAYA

**Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İşletme Bölümü**

“Öğrencilerinin Kalbindeki Erhan Adal Hoca”

Dr. Seniha DAL / Dr. Faruk Kerem GİRAY

Hocamızla, 1998 yılının Ekim ayının ortalarında güneşli bir öğleden sonra ilk kez tanışmıştık. Avrupa Birliği Enstitüsü yüksek lisans öğrencileri olarak İngilizce hukuk dersi anlatacak hocamızın ismini ders programından biliyorduk ancak kendisini daha önce hiç görmemiştik. Zil çaldıktan kısa bir süre sonra lacivert renkte ön cebinde arması olan blazer ceketli, saçları geriye taranmış, elinde sönmüş piposuyla, stil sahibi bir hocayla karşılaştık. Gözlüklerinin arkasında güler yüzlü iki çift göz sınıfı süzdükten sonra sakin ve tok ses tonuyla derse başlamıştı. O günden başlayarak dönemin sonuna kadar hocanın tatlı-sert üslubu hiç değişmedi. Kusursuz diksiyonu ve akıcı İngilizcesiyle hukuk dersini kendisinden dinlemek bizler için büyük şans olmuştu.

Erhan Hocanın derslerini dinlerken kendi adımıza sadece bilgi değil aynı zamanda davranış üslubu da öğreniyorduk. Öğrencilere her zaman için “Siz” diye hitap ederdi. Kimi zaman sorduğu soruların İngilizce karşılığını alırken

yapılan telaffuz hatalarını kişiyi rencide etmeden, genele şamil ederek düzeltirdi. Dersine tam saatinde gelirdi. Dakikliği, konu anlatım bütünlüğü ve verdiği çarpıcı örneklerle bilgiyi hafızamıza kazırdı. Hocamızın bu yönü bizler için örnek olmuştur. Geleceğin akademisyenleri olarak Hocanın öğrencilerle kurduğu ilişki ve üslubu o zamandan beri bizlere örnek olmuştur.

Erhan hoca, benim (K.G.) tez danışmanlığımı yapmıştı. Hukuk öğrencilerinin sayısının fazlalığı sebebiyle erken davranıp hocanın bir nevi tez babamız olmasını sağlamak önemliydi. Bilim dünyasına ilk adım atmak isteyenler için ilk tez danışmanı çok önemlidir. Zira ilkokula yeni başlayacak öğrenci için ilk sınıf öğretmeni ne kadar önemliyse, bir akademisyen için de ilk tez hocası o kadar önemlidir. Herkesçe malum olduğu üzere tez danışmanlığı yapan bir hoca, akademik dünyayı size sevdirebileceği gibi, akademiden sizi rahatlıkla soğutabilir de.

Hocamız, ertesini yıl tez danışmanlığımızı yaparken yazdıklarımızı belli aralıklarla getirmemizi istedi. Böylece hem bizim çalışmalarımızı kontrol ediyor, İngilizcemizi redakte ediyor hem de tez yazımının ilk aşamalarında sıklıkla karşılaşılan konu dışına taşmaların veya yanlış varsayımlarda bulunmaların önüne geçiyordu. Hocamız, tez yazdığımız dönemde geçirdiği kısa süreli rahatsızlığa bağlı olarak ameliyat olacaktı. Ameliyat öncesinde yazdıklarımızı hoca-ya kontrol etmesi için teslim etmiştik. Hoca, ameliyattan bir kaç gün önce bizleri evine çağırarak okuduğu kısımlarla ilgili düzeltmelerini bizlere teslim etmişti. Ameliyat öncesi endişeli bir durum taşımaya rağmen kendi rahatsızlığını bir tarafa bırakarak, bizim tezlerimizle ilgilenmesi ve ameliyat sonrası sağlık durumunda yaşanabilecek olası bir olumsuzluğu da düşünerek tezlerimizin geleceğiyle ilgili görüşlerini önceden aktarması hâlâ daha bizi çok duygulandırır.

Ben (S.D.), çok uzun ve ince bir yol olan akademisyenlik hayatına Erhan hoca'nın asistanı olarak adım attım. Asistanlık sınavı esnasında ikram ettiği çayı bugünkü gibi hatırlarım. Sınavı kazanmış, hocanın asistanı olmuş ve hoca ile birlikte derslere giriyordum. Fakat YÖK ile ilgili bir sorun sebebiyle atanmam yaklaşık 3 ay sonra gerçekleşti. Sorunla ilgili olarak Ortaköy'deki evinden taksiyle gelip fakülte sekreteri ile görüşmesi ve sorunun çözülmesi için elinden geleni yapması bugün olduğu gibi yarında hafızamdan silinmeyecektir.

Hocamızın bu davranışları, bizlere sorumluluğun ne demek olduğunu öğretmiştir. O yüzden dir ki Erhan Adal Hoca bizim kalbimizde hoca olmanın

çok daha ötesinde bizleri torunları gibi seven ve gözeten bir büyükbaba gibi olmuştur.

Hocanın yazdığı kitap bugünden yarına bir klasik haline gelmiştir. “Fundamentals of Turkish Private Law” isimli kitabı Türk Hukukunu İngilizce lisanında öğrenmek, okumak isteyen yerli ve yabancı tüm akademisyenler için başlıca kaynak kitap niteliğindedir.

Hocamız yakın çevresinde iyi bir aile babası olarak ve de eşi Nalan Hanım’a olan düşkünlüğüyle bilinir. Yetişmemizde büyük emekleri olan ve binlerce öğrencinin kalbinde yer etmiş Sevgili Hocamıza bu vesileyle teşekkürlerimizi yineler, eşi Nalan Hanım’la, oğlu ve torunlarıyla birlikte Ege’nin mavi-liği ve sıcaklığıyla iç içe geçen sağlıklı, mutlu uzun bir ömür dileriz.

Dr. Seniha DAL
Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi,
İngilizce İşletme Bölümü

Dr. Faruk Kerem GİRAY
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“Aziz Üstadım, Muhterem Hocam, Saygıdeğer Büyüğüm Prof. Dr. Erhan Adal”

Araş. Gör. Caner Bulur

Erhan Hocam ile ilk tanışmamız, yıllar evvel Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin ilan edilen Araştırma Görevlisi kabul sınavının yazılı kısmında başarılı olmamın ardından çağırıldığım mülakatta oldu. Ben kısa sürecek rahat bir görüşme beklerken, Dekanımız Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu, odasında kendisi ve yaz dönemi için misafir gelen bir İspanyol Akademisyen ile beni huzuruna kabul edip ardından, Dekan Yardımcısı olduğunu öğrendiğim Prof. Dr. Erhan Hoca’nın da katılması ile mülakatın başlayacağını söyledi. Oldukça heyecanlandığımı hatırlıyorum. Erhan Hocam’ın katılımı ile gerçekleşen mülakat tam birbuçuk saat sürmüş ve İngilizce olarak gerçekleştirilmişti. Erhan Hoca’nın nazik, şefkatli tavrına ve soruları tane tane açıklayarak sormasına rağmen, yazın kavurucu sıcağında takım elbisemin içerisinde terlememe odadaki klimanın dahi fayda etmediğini untabilmem mümkün değil. Öyle ki, heyecan-

dan ve arka arkaya gelen sorulardan dolayı, kat sorumlusu Gülcan Hanım'ın getirdiği çayı bile içmeye fırsat bulamadığımı, mülakatın ilerleyen safhalarında yine Erhan Hocam'ın nazik uyarısı ve soluklanmam için bana müsaade etmesi sayesinde fark edebildim. Benzer bir durum ile birkaç yıl sonra doktora yeterlilik sözlü sınavında karşılaştım. Değerli jüri üyelerinin zorlu sorularının ardından soru sorma sırası Erhan Hocam'a gelmişti. Kendisinden önce son sorulan konu olan aynı haklar ve ayın kavramından yola çıkarak , “Nur-u Aynım, ne demek?” diye sordu ve ardından sorduğu kavramı yine kendisi açıklayarak “Gözümün Nuru, çok güzel gidiyorsun; önündeki çayını yudumla, soluklan öyle devam edelim.” sözleri ile dikkatimi tekrar toplamamı sağladı ve ben de bu sayede sınavın kalan kısmını başarı ile tamamladım.

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmaya başladığım ilk günden beri kendisine derslerinde asistanı olarak yardım ettiğim Erhan Hocam'dan, meslekte ilerlememi sağlayan çok değerli bilgiler öğrendim. Kendisinin yanında katıldığım derslerinde, işlediği konuları anlatırken öğrencilere karşı nazik tutumu ve tavırları beni hep en etkileyen özelliği olmuştur. Gerçekten Erhan Hocam, sorduğu soruya yanlış cevap veren bir öğrenciyi dahi dersten soğutmamayı, onu kaybetmemeyi amaçladığını ve hiçbir zaman “her şeyi ben bilirim” iddiasında olmadığını gösteren o nazik tutumu ile herhangi bir öğrencinin yanlış olan cevabını düzeltirken, cümlesine “Hafızam beni yanıltmıyorsa, o sorunun cevabı şöyle olmalıydı...” diyerek başlar; kitaptan sayfa numarasını da verip öğrenciden kendisinin söylediğinin doğruluğunu kontrol etmesini ister. Sınavlarından önce öğrencilerine uyarılarda bulunurken, onları kopya çekmemeleri konusunda uyarır ama bunu dahi en kibar üslubuyla “Lütfen sınav esnasında imece çalışma olmasın!” diyerek yapar. Derslerine her zaman hazırlıklı ve öğretmeye hevesli olarak gelir, gündem ve güncel gelişmeler konusunda sürekli öğrencilerini bilgilendirir. Bu gelişmeleri, Türk hukuk öğretisinde önemli yere sahip kitaplarının yeni basılarına vakit kaybetmeden işler ve bu bilgilerin sonraki kuşaklara da ulaşmasını sağlar. Tıraşlı yüzü, ütülü kıyafetleri ve karşısındaki insana sergilediği İstanbul beyefendisi üslubu ile öğrencilerine ve biz genç kuşak akademik çalışanlara hep örnek olmuş, yine öğrencileri ve bizler arasında kabul gören yaygın inanca göre, “centilmen” kavramına en uygun ve örnek alınması gereken kişi olmuştur.

‘Akıl ve hikmet’i kendisine rehber edinen, sürekli okuyan, bilgilerini güncelleyen, çalışmaktan, öğrenmekten ve öğretmekten yılmayan, kuvvetli karakteri, sevgi ve iyilik dolu olan ve hep güzellik için atan kalbi ile “kâmil

insan” Prof. Dr. Erhan Adal, kendisine asistanlığını yapmaya başladığım ilk günden bu yana, bir ustanın çırağını yetiştirdiği gibi benimle özel olarak ilgilenmiş; kimi zaman bir hoca kimi zaman ise bir baba özverisi ve değerli nasihatleri ile mesleki ve insani anlamda yetişmemde son derece önemli bir yer almış ve almaya devam etmektedir. Birçok doğru kararı almamı sağladığı gibi, birçok kez de hatalı olabilecek kararlarımdan yol yakinken dönmemi sağlamıştır.

Hakkını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim Hocam/Ustam/Babam Prof. Dr. Erhan Adal’ın, sağlıklı kuvvetli başarılı daha nice uzun senelerde, ışığı ile yolumuzu aydınlatmasını umut ederim. Dilerim öyle olsun.

Hocamıza En Derin Saygılarımı ve Şükranlarımı Sunarım.

Araş. Gör. Caner BULUR
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“Saygıdeğer Erhan Adal Hocam için Birkaç Söz”

Araş. Gör. Tuğçe TUZCUOĞLU

Saygıdeğer Erhan Hocam ile ilk karşılaştığımızda Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin bulunduğu binanın altıncı katında elinde başvuru evrakıyla kayıt için bekleyen ve meraklı gözlerle etrafa bakınan birinci sınıf öğrenci adayıydım henüz.

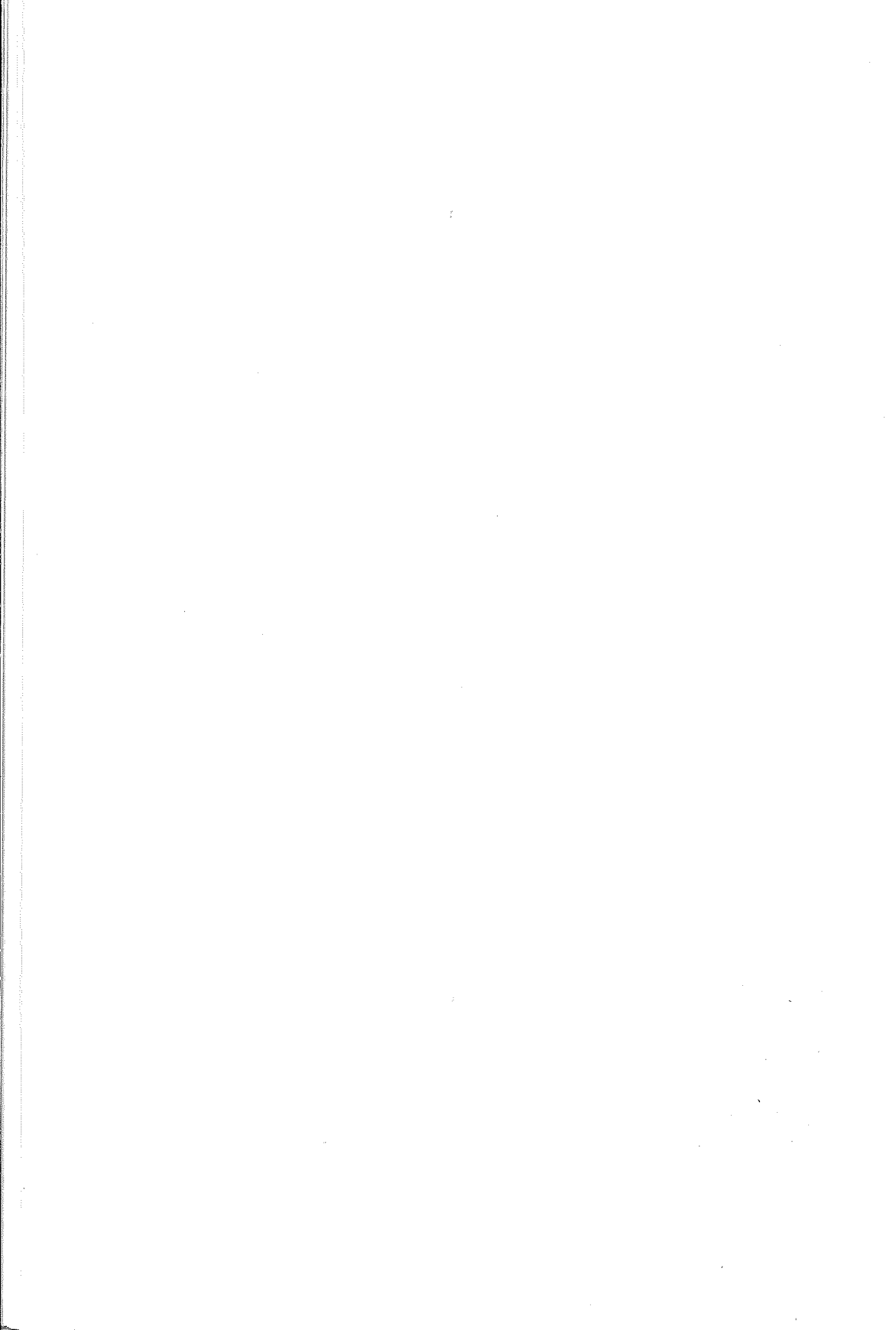
Katta neden olduğunu hatırlayamadığım bir kalabalık söz konusuydu, ama ben karşıdan gelen kararlı, bilgi dolu, saygı duyulması gerektiğini hemen anlayabileceğiniz babacan bir çift göze “merhaba” dedim gülümseyerek ve “merhaba kızım, sen neden bekliyorsun burada, gel bakalım benimle” diye yanıt aldım. Arkasından gittiğim, odasında bir saate yakın bir süre “Neden hukuk okumak istiyorsun” tarzında sorularını yanıtlayıp engin bilgilerinden faydalandığım kişinin Hukuk Fakültemiz’in Dekan Yardımcısı Prof. Dr. Erhan Adal olduğunu konuşmamızın sonunda Hocamın bana “Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı olarak senin gibi bir öğrenciye sahip olacağımız için gururluyum kızım” demesinden sonra anladım. Bu kadar saygıdeğer bir Hocadan duyduğum bu cümle, zaten okumayı çok istediğim Hukuk Fakültesi’ne daha da sevgiyle başlamamı ve derslerime daha sıkı bağlanmamı sağladı.

Erhan Hocam'ın, bütün öğrencileriyle yakından ilgilenip, tek tek sorularını yanıtladığına daha sonraları da birçok kez şahit oldum.

Birinci sınıfa başladığımızda, daha ilk derse gelir gelmez sorumluluk edinebilmemizi sağlayıp kendi kitabının tasnifi için aramızdan gönüllüleri seçmişti Hocamız. Daha sonra, kitabın ilgili basısında isimlerimizi vererek teşekkür etmiş ve hepimize imzalı birer kitabını hediye etmişti. Bütün bu küçük anılar ve buraya sığamayacak diğerleri, Hocamızın öğrencilerine ve bilime gösterdiği ayrı ayrı birer inceliklerdir.

Üniversite hayatımız boyunca, Hukuk Fakültesi'nde istekle çalışmamızı sağlayan, desteklerini hiç bir zaman bizlerden eksik etmeyen Prof. Dr. Erhan Adal Hocamız'a en içten dileklerimizle...

Araş. Gör. Tuğçe TUZCUOĞLU
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2011

Cilt: IX, Sayı: 1, Yıl: 2012

İÇİNDEKİLER

SİGORTA HUKUKUNDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI

Prof. Dr. Rayegan KENDER.....1

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: rkender@yeditepe.edu.tr

YENİ HMK DÜZENLEMESİNİN KISMİ DAVA KONUSUNDA GETİRDİĞİ KURAL

Prof. Dr. Bilge UMAR.....28

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

e-posta: bumar@yeditepe.edu.tr

OTTOMAN-GERMAN RELATIONS DURING THE SECOND CONSTITUTIONAL PERIOD

(İKİNCİ MEŞRUTİYET DÖNEMİNDE OSMANLI-ALMANYA İLİŞKİLERİ)

Prof. Dr. Feroz AHMAD.....35

Yeditepe Üniversitesi Fen – Edebiyat Fakültesi, Tarih Bölümü Öğretim Üyesi

e-posta: ahmad.feroz@gmail.com

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MK m. 289'a İLİŞKİN E. 2008/30, K. 2009/96 SAYILI KARARININ İRDELENMESİ

Prof. Dr. Mustafa DURAL / Araş. Gör. Ahmet AYAR57

TC. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi /

TC. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: mdural@khas.edu.tr / e-posta: ahmet.ayar@khas.edu.tr

AİLE İÇİ ŞİDDETE İLİŞKİN CEZA KANUNU ÇERÇEVESİNDE GENEL BİR İNCELEME

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR / Araş. Gör. Fulya EROĞLU.....63

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim

Üyesi / Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: info@bayraktarhukuk.com / e-posta: fulyaeroglu@gmail.com

GÜVENLİK KÜLTÜRÜ

Prof. Dr. Şarman GENÇAY.....113

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yarı Zamanlı Öğretim Üyesi

e-posta: sarman@gencay.net

SAĞLIK HİZMETLERİ VE REKLAM YASAĞI

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR / Araş. Gör. İpek KOCAGİL.....119

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: aliriza.okur@yahoo.com / e-posta: ipek.kocagil@yeditepe.edu.tr

TURİZM HUKUKUNDA SORUMLULUK

Prof. Dr. Hasan NERAD.....223

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü, Ticaret ve Turizm Hukuku Öğretim Üyesi

e-posta: benal.nerad@hotmail.com

DER STRAFTATBESTAND DER FOLTER

(İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI (TCK MADDE 94, 95))

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK.....233

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: memin.artuk@marmara.edu.tr

LA POLITIQUE ENERGETIQUE DE LA TURQUIE A TRAVERS SA

GEOSTRATEGIE ET L'UNION EUROPEENNE

(JEOSTRATEGİK BİR YAKLAŞIMLA TÜRKİYE'NİN ENERJİ POLİTİKASI VE AVRUPA BİRLİĞİ)

Prof. Dr. Jale CİVELEK.....271

Yeditepe Üniversitesi Fransızca Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

e-posta: jcivelek@yeditepe.edu.tr

KAT MALİKLERİ KURULUNU YÖNETMEKLE GÖREVLİ DİVANA TOPLANTI

TUTANAĞINI İMZALAMA YETKİSİ VERİLMESİNE DAİR YAYGIN

UYGULAMANIN HUKUKA UYGUNLUĞU SORUNU

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....291

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: arpaci@europe.com

WEST AND EAST IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

(AVRUPA BÜTÜNLEŞME SÜRECİNCE BATI VE DOĞU)

Prof. Dr. Manuel Bermejo CASTRILLO.....297

Madrid Kral Carlos III Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler ve Hukuk Fakültesi Dekanı

e-posta: mbermejo@der-pu.uc3m.es

MEDENİ KANUNUN KADININ SOYADINA İLİŞKİN HÜKMÜNÜN AİHS, ANAYASA, CEDAW VE MÖHUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ
Prof. Dr. Nuray EKŞİ.....311
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: nurayeksi@gmail.com

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKET GENEL KURULUNUN FİZİKEN YAPILMASI
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR / Dr. Esra HAMAMCIOĞLU333
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: mbahtiyar@hotmail.com / e-posta: hamamcioglu@gmail.com

HUKUK FELSEFESİNİN REKABET VE DENETİM İKİLEMİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME: TÜRK BANKACILIK SİSTEMİNİN YAPISI ÜZERİNE İKİ DENEME YAZISI
Prof. Dr. Abdülgaffar AĞAOĞLU.....383
Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi
e-posta: agaoglu@yeditepe.edu.tr

MÜFLİSİN TARAF OLDUĞU DAVALARDA TEBLİGATIN KİME YAPILACAĞI
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....403
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: abudak@yeditepe.edu.tr

HEKİM MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER411
Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: mceker@cu.edu.tr

AVRUPA KONSEYİ'NDE SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMANI
Doç. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....423
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: suzelturk@superonline.com

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN AKDİ ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240 – 242) DEĞERLENDİRİLMESİ
Doç. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ.....435
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: malpergumus@hotmail.com

**TREASURE TROVE IN ROMAN LAW
(ROMA HUKUKUNDA DEFİNE)**

Doç. Dr. H. Gökçe TÜRKÖĞLU.....455

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: halide.turkoglu@yasar.edu.tr

**DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN YÜK TAŞIMALAR (KARMA TAŞIMALAR)
VE TAŞIYANIN SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ BAZI MESELELER (ROTTERDAM
KURALLARI VE YENİ TİCARET KANUNU'NUN HÜKÜMLERİ İLE
KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)**

Yard. Doç. Dr. Bülent SÖZER.....465

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: bsozer@superonline.com

TUZAK PAZARLAMA

Yard. Doç. Dr. Yusuf Can ERDEM.....505

Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi

e-posta: canerdem@yeditepe.edu.tr

TÜRK-İSRAİL İLİŞKİLERİ VE ORTADOĞU'DA YENİ TEHDİTLER

Yard. Doç. Dr. Mahmut Deniz TANSİ.....525

Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

e-posta: dtansi@gmail.com

**KARŞILAŞTIRMALI OLARAK 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU İLE 6098 SAYILI
TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE FAİZ UYGULAMASI**

Yard. Doç. Dr. Melek Bilgin YÜCE537

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: melekyuce@hotmail.com

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK HAKKANİYETİNİN
5718 SAYILI MÖHUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yard. Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY.....555

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: fkerem@istanbul.edu.tr

**ACCOUNTING UNDER A HOLISTIC FOCUS WITH REGARD TO PHILOSOPHY,
ETHICS AND LAW - A CRITIQUE ON THE CONVERGENCE PROCESS FROM
RULES-BASED TO PRINCIPLES-BASED ACCOUNTING**

**(HUKUK, KÜLTÜR, ETİK VE FELSEFE AÇISINDAN MUHASEBE BİLİMİNE
BÜTÜNSEL YAKLAŞIM - KURAL-TEMELLİ MUHASEBE VE İLKE-TEMELLİ
MUHASEBE SİSTEMİNİN YAKINLAŞMASINA ELEŞTİREL BAKIŞ)**

Yard. Doç. Dr. Can Tansel KAYA.....579

Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi

e-posta: can.kaya@yeditepe.edu.tr

**ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF INTERNATIONAL ARBITRATION,
DRAFTING CONSIDERATIONS, AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF
ARBITRAL AWARDS**

**(MİLLETLERARASI TAHKİMİN FAYDALARI VE SAKINÇALARI, HAKEM
KARARLARININ HAZIRLANMASI, TANINMASI VE TENFİZİ)**

Yard. Doç. Dr. Carson CLEMENTS593

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: carson.clements@yeditepe.edu.tr

**ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS: WHERE ARE WE NOW?**

**(AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE KATILIMI:
HANGİ AŞAMADAYIZ?)**

Yard. Doç. Dr. Ozan TURHAN / Yard. Doç. Dr. Margerite TURHAN.....619

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi /

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: ozan.turhan@yeditepe.edu.tr / e-posta: margerite.turhan@yeditepe.edu.tr

**THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE: THE OSCAR BRONNER CASE
(ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ: OSCAR BRONNER KARARI)**

Yard. Doç. Dr. Efe DİRENİSA.....633

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

Dalı Öğretim Üyesi

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

**ALMAN HUKUKUNDA ÜZERİNDE FİYAT ETİKETİ İLE VİTRİNDE MAL
TEŞHİRİ**

Dr. h.c. Murat Uğur AKSOY.....645

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alman Hukuku ve Terminolojisi Öğretim Görevlisi,

Düsseldorf ve İstanbul Barosu Üyesi

e-posta: aksoymuratugur@gmail.com

**THE EFFECTS OF FINANCIAL AND ECONOMIC CRISES ON THE
DEMOCRATIZATION AND PEACE PROCESS OF THE WORLD
(FİNANSAL VE EKONOMİK KRİZLERİN DÜNYA DEMOKRATİKLEŞME
VE BARIŞ SÜRECİNE ETKİSİ)**

Dr. Mehmet Nuri ÖNORTAÇ.....653
Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Görevlisi
e-posta: nonortac@yeditepe.edu.tr

**6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ŞİRKET GENEL
KURULUNA ÖZGÜ DÜZENLEMELERİ**

Dr. Seniha DAL.....661
Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü, İşletme
Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: seniha.dal@superonline.com

**6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNUN LİMİTED ŞİRKETLERE
İLİŞKİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER**

Dr. Ferah TÜRKÖĞLU UTKU.....695
Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü, İşletme
Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: ferahturkoglu@hotmail.com

ANA HATLARIYLA AVUSTURYA İHTAR PROSEDÜRÜ

Araş. Gör. Dr. Cenk AKİL.....719
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: akilcenk@yahoo.com

**TÜRK HUKUKUNDA ANNE VE BABASI EVLİ OLAN ÇOCUĞUN SOYADI VE
UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR**

Araş. Gör. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR.....731
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
e-posta: arzuaridemir@hotmail.com

**TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ İLE FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN
KARŞILAŞTIRILMASI**

Araş. Gör. Caner BULUR.....755
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
e-posta: cbulur@yeditepe.edu.tr

**6100 SAYILI HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA
E-İSPAT**

Uzman Alper BULUR.....779
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabi-
lim Dalı
e-posta: alperbulur@hacettepe.edu.tr

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA VERGİLENDİRMEDE SOSYAL DEVLET İLKESİ

Araş. Gör. Bahar KONUK.....799

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: bahar_konuk@hotmail.com

TÜRK ANAYASA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ÇEVRE HAKKI

Araş. Gör. Tefvik Sönmez KÜÇÜK.....835

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: sonmezk83@hotmail.com

HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİNİN VEKÂLET SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Araş. Gör. Tuğçe TEKBEK.....859

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

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

**REAL EFFECT OF BILL OF LADING
(KONİŞMENTONUN AYNİ ETKİSİ)**

Araş. Gör. Aksoy YAVAŞ.....907

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: aksoyyavas@hotmail.com

YASAL MAL REJİMİNDE BORCUN MUACCELİYETİ VE İFASI

Araş. Gör. Tuğçe TUZCUOĞLU / Av. Serenat BAYTAN.....925

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı / İstanbul Barosu Avukatlarından

e-posta: tugce.tuzcuoglu@yasar.edu.tr / e-posta: serenatbaytan@yahoo.com

**EFFICIENCY ANALYSIS OF MUTUAL FUNDS IN TURKEY
(TÜRKİYE'DEKİ YATIRIM FONLARININ VERİMLİLİK ANALİZİ)**

Araş. Gör. Ahmet ÖZCAN.....963

Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü

e-posta: ahmet.ozcan@yeditepe.edu.tr

SULH SÖZLEŞMELERİ

Araş. Gör. Banu ULUSAN.....975

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: banulusan@gmail.com

ANAYASA MADDE 73, FIKRA 2'NİN BAĞLAYICILIĞI

Araş. Gör. Sema AYATAR KIZILYAR.....995

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: sema_ayatar@hotmail.com

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE 6100 SAYILI HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KİRA TESPİT DAVASININ NİTELİĞİ

Araş. Gör. Tulay ÖZER.....1013
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: tulay.ozer@yeditepe.edu.tr

KAT MALİKELERİ VE DENETÇİ VEYA DENETİM KURULU ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Araş. Gör. Eda ERDEM.....1035
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: eda.erdem@yeditepe.edu.tr

HMK'NİN TAHKİM HAKKINDAKİ HÜKÜMLERİ

Araş. Gör. Mehmet Oğuz VURALOĞLU.....1055
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: oguz.vuraloglu@yeditepe.edu.tr

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN SORUNLAR

Araş. Gör. Tuğba SEMERCİ.....1069
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: tugba.semerci@yeditepe.edu.tr

GAYRİMENKUL MÜLKİYETİNİN, SATIŞ VAADİNİN İFA EDİLMEMESİ SEBEBİYLE MAHKEME KARARI İLE KAZANILMASI

Av. Ahmet Murat ARPACI.....1081
İstanbul Barosu Avukatlarından

e-posta: murat@arpaci-erdogan.av.tr

SİĞİNMA TALEBİ İLE İNSANİ KORUMA TALEBİNİN REDDİ KARARLARININ BİRLİKTE TEMYİZ EDİLMESİNE İLİŞKİN BİRLEŞİK KRALLIK YÜKSEK ADALET MAHKEMESİ TEMYİZ (HUKUK DAİRESİ) KARARI

Çeviren: Av. Emrah EKŞİ.....1089
İstanbul Barosu Avukatlarından

e-posta: emraheksi53@hotmail.com

AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANI KARAR ANALİZİ – “SEDA KÜÇÜKDEVECİ v SWEDEX GmbH & Co. KG.”

Av. Ferhat YILDIRIM.....1103
İstanbul Barosu Avukatlarından

e-posta: yildirim88@msn.com

**JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: VIII, No: 2, Year: 2011

Volume: IX, No: 1, Year: 2012

CONTENTS

PROTECTION OF CONSUMERS IN INSURANCE LAW

Prof. Dr. Rayegan KENDER.....1
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Maritime Law
e-mail: rkender@yeditepe.edu.tr

**REGULATION OF THE NEW TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE
CONCERNING PARTIAL CLAIMS**

Prof. Dr. Bilge UMAR.....28
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law
e-mail: bumar@yeditepe.edu.tr

**OTTOMAN-GERMAN RELATIONS DURING THE SECOND CONSTITUTIONAL
PERIOD**

Prof. Dr. Feroz AHMAD.....35
Yeditepe University Faculty of Arts and Sciences, Dept. of History
e-mail: ahmad.feroz@gmail.com

**DISCUSSION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DECISION NO. 2008/30 E.,
2009/96 K. CONCERNING TURKISH CIVIL CODE ARTICLE 289**

Prof. Dr. Mustafa DURAL / Res. Asst. Ahmet AYAR.....57
Kadir Has University Faculty of Law, Dept. of Civil Law / Kadir Has University Faculty of
Law, Dept. of Civil Law
e-mail: mdural@khas.edu.tr / e-mail: ahmet.ayar@khas.edu.tr

**A GENERAL VIEW ON DOMESTIC VIOLENCE WITHIN THE SCOPE OF
TURKISH CRIMINAL CODE**

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR / Res. Asst. Fulya EROĞLU.....63
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal procedure Law / Yeditepe
University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal procedure Law
e-mail: info@bayraktarhukuk.com / e-mail: fulyaeroglu@gmail.com

SAFETY CULTURE

Prof. Dr. Şarman GENÇAY.....113
Yeditepe University Faculty of Law, Part Time Faculty Member
e-mail: sarman@gencay.net

HEALTHCARE SERVICES AND ADVERTISEMENT BANS

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR / Res. Asst. İpek KOCAGİL.....119
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Labour and Social Security Law / Yeditepe
University Faculty of Law, Dept. of Labour and Social Security Law
e-mail: aliriza.okur@yahoo.com / e-mail: ipek.kocagil@yeditepe.edu.tr

LIABILITY IN TOURISM LAW

Prof. Dr. Hasan NERAD.....223
Dokuz Eylül University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of
management, Lecturer in Commercial and Tourism law
e-mail: benal.nerad@hotmail.com

DER STRAFTATBESTAND DER FOLTER

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK.....233
Marmara University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal Procedure Law
e-mail: memin.artuk@marmara.edu.tr

LA POLITIQUE ENERGETIQUE DE LA TURQUIE A TRAVERS SA GEOSTRATEGIE ET L'UNION EUROPEENNE

Prof. Dr. Jale CİVELEK271
Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Political
Science and International Relations
e-mail: jcivelek@yeditepe.edu.tr

PROBLEM OF COMPLIANCE WITH LAWS OF THE COMMON PRACTICE, WHERE THE BOARD OF MANAGERS IN CHARGE OF MANAGING THE BOARD OF CONDOMINIUM OWNERS ARE AUTHORIZED TO SIGN MEETING RECORDS

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....291
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law
e-mail: arpaci@europe.com

WEST AND EAST IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

Prof. Dr. Manuel Bermejo CASTRILLO.....297
The Carlos III University of Madrid, Dean of the Faculty of Social Sciences and Law
e-posta: mbermejo@der-pu.uc3m.es

EVALUATION OF THE PROVISION OF CIVIL CODE CONCERNING THE SURNAME OF THE WOMEN UNDER ECHR, CONSTITUTION, CEDAW AND PILA

Prof. Dr. Nuray EKŞİ.....311
Istanbul Kultur University Faculty of Law, Dept. of Private International Law
e-mail: nurayeksi@gmail.com

GENERAL ASSEMBLY MEETING OF A JOINT STOCK COMPANY WITH PHYSICAL ATTENDANCE UNDER THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR / Dr. Esra HAMAMCIOĞLU.....333
Kocaeli University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law / Maltepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law
e-mail: mbahtiyar@hotmail.com / e-mail: hamamcioglue@gmail.com

COMPETITION VERSUS REGULATION PARADOX OF THE LEGAL SYSTEMS: TWO CRITICAL ESSAYS ON A CASE STUDY OF THE TURKISH BANKING SYSTEM (1962-2010)
Prof. Dr. Abdülgaffar AĞAOĞLU.....383
Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of management
e-mail: agaoglu@yeditepe.edu.tr

SERVICE OF DOCUMENTS IN PROCEEDINGS WHERE THE PLAINTIFF HAS BEEN DECLARED BANKRUPT BY ANOTHER COURT
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....403
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law
e-mail: abudak@yeditepe.edu.tr

PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE FOR PHYSICIANS
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER411
Cukurova University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law
e-mail: mceker@cu.edu.tr

COUNCIL OF EUROPE INSTRUMENTS ON FINANCING OF POLITICAL PARTIES
Assoc. Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....423
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law
e-mail: suzelturk@superonline.com

EVALUTION OF THE PROVISIONS OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NUMBERED 6098 RELATED TO CONTRACTUAL RIGHT OF PRE-EMPTION (TCO 237/III, 238, 239 and 240-242)
Assoc. Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ.....435
Özyeğin University Faculty of Law, Dept. of Civil Law
e-mail: malpergumus@hotmail.com

TREASURE TROVE IN ROMAN LAW
Assoc. Prof. Dr. H. Gökçe TÜRKÖĞLU.....455
Yasar University Faculty of Law, Dept. of Roman Law
e-mail: halide.turkoglu@yasar.edu.tr

CERTAIN PROBLEMS CONCERNING LIABILITY OF THE CARRIER IN MULTI-MODAL CARRIAGE OF GOODS (A COMPARATIVE STUDY ON ROTTERDAM RULES AND NEW COMMERCE ACT)

Asst. Prof. Dr. Bülent SÖZER.....465

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Maritime Law

e-mail: bsozer@superonline.com

AMBUSH MARKETING

Asst. Prof. Dr. Yusuf Can ERDEM.....505

Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management

e-mail: canerdem@yeditepe.edu.tr

TURKISH-ISRAELI RELATIONS AND NEW CHALLENGES IN THE MIDDLE EAST

Asst. Prof. Dr. Mahmut Deniz TANSİ.....525

Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Public Administration

e-mail: dtansi@gmail.com

THE COMPARISON OF THE INTEREST SYSTEM ACCORDING TO CODE OF OBLIGATIONS NO. 818 AND TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO. 6098

Asst. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE.....537

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: melekyuce@hotmail.com

EVALUATING THE EQUITY PRINCIPLE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE CONTEXT OF TURKISH CODE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE

Asst. Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY.....555

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

e-mail: fkerem@istanbul.edu.tr

ACCOUNTING UNDER A HOLISTIC FOCUS WITH REGARD TO PHILOSOPHY, ETHICS AND LAW - A CRITIQUE ON THE CONVERGENCE PROCESS FROM RULES-BASED TO PRINCIPLES-BASED ACCOUNTING

Asst. Prof. Dr. Can Tansel KAYA579

Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management

e-mail: can.kaya@yeditepe.edu.tr

ADAVANTAGES AND DISADVANTAGES OF INTERNATIONAL ARBITRATION, DRAFTING CONSIDERATIONS, AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS

Asst. Prof. Dr. Carson CLEMENTS.....593

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

e-mail: carson.clements@yeditepe.edu.tr

ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: WHERE ARE WE NOW?

Asst. Prof. Dr. Ozan TURHAN / Asst. Prof. Dr. Margerite TURHAN.....619

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

e-mail: ozan.turhan@yeditepe.edu.tr / **e-mail:** margerite.turhan@yeditepe.edu.tr

THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE: THE OSCAR BRONNER CASE

Asst. Prof. Dr. Efe DİRENİSA.....633

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

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

DIE IN DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR VERTRETENEN ANSICHTEN ZUR FRAGE, OB DIE IM SCHAUFENSTER MIT PREISANGABE AUSGESTELLTE WARE ALS VERTRAGSOFFERTE ANZUSEHEN IST

Dr. h.c. Murat Uğur AKSOY.....645

Yeditepe University Faculty of Law, Lecturer in German law and Terminology; Aal., registered to Istanbul and Düsseldorf Bar Associations

e-mail: aksoymuratugur@gmail.com

THE EFFECTS OF FINANCIAL AND ECONOMIC CRISES ON THE DEMOCRATIZATION AND PEACE PROCESS OF THE WORLD

Dr. Mehmet Nuri ÖNORTAÇ.....653

Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management

e-posta: nonortac@yeditepe.edu.tr

REGULATIONS IN THE TURKISH COMMERCIAL CODE (6102) ON THE JOINT-STOCK COMPANY'S GENERAL SHAREHOLDERS' MEETING

Dr. Seniha DAL.....661

Marmara University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management and Business Law

e-mail: seniha.dal@superonline.com

NEW PROVISIONS INTRODUCED BY THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE REGARDING LIMITED LIABILITY COMPANIES

Dr. Ferah TÜRKÖĞLU UTKU.....695

Marmara University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management and Business Law

e-mail: ferahturkoglu@hotmail.com

AN OUTLINE OF ORDER FOR PAYMENT IN AUSTRIA

Res. Asst. Dr. Cenk AKİL.....719

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

e-posta: akilcenk@yahoo.com

**THE SURNAME OF THE CHILD WHOSES PARENTS ARE MARRIED IN TURKISH
LAW AND RELATED PROBLEMS IN PRACTICE**

Res. Asst. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR.....731

Istanbul University, Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: arzuaridemir@hotmail.com

**A COMPARISON OF EXCLUSIVE DISTRIBUTORSHIP AGREEMENTS WITH
FRANCHISE AGREEMENTS**

Res. Asst. Caner BULUR.....755

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: cbulur@yeditepe.edu.tr

**E-EVIDENCE IN ACCORDANCE WITH THE PROVISIONS OF CODE OF CIVIL
PROCEDURE NUMBERED 6100**

Alper BULUR, Expert.....779

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

e-mail: alperbulur@hacettepe.edu.tr

**SOCIAL STATE PRINCIPLE OF TAXATION IN THE LIGHT OF
CONSTITUTIONAL COURT RULINGS**

Res. Asst. Bahar KONUK.....799

Yasar University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: bahar_konuk@hotmail.com

**ENVIRONMENTAL RIGHTS ACCORDING TO TURKISH CONSTITUTIONAL
LAW**

Res. Asst. Tevfik Sönmez KÜÇÜK.....835

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: sonmez83@hotmail.com

**A DISCUSSION OF RELATIONSHIP BETWEEN THE PHYSICIAN AND THE
PATIENT IN THE FRAMEWORK OF THE PROVISIONS OF CONTRACT OF
MANDATE**

Res. Asst. Tuğçe TEK BEN.....859

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

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

REAL EFFECT OF BILL OF LADING

Res. Asst. Aksoy YAVAŞ.....907

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: aksoyyavas@hotmail.com

THE MATURITY AND THE PERFORMANCE OF CO-ASSUMPTION CREDIT
Res. Asst. Tuğçe TUZCUOĞLU / Aal. Serenat BAYTAN.....925
Yasar University Faculty of Law, Dept. of Civil Law / Attorney at Law, registered to Istanbul Bar Association

e-mail: tugce.tuzcuoglu@yasar.edu.tr / **e-mail:** serenatbaytan@yahoo.com

EFFICIENCY ANALYSIS OF MUTUAL FUNDS IN TURKEY
Res. Asst. Ahmet ÖZCAN.....963
Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management

e-mail: ahmet.ozcan@yeditepe.edu.tr

CONTRACTS OF SETTLEMENT
Res. Asst. Banu ULUSAN.....975

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

e-mail: banulusan@gmail.com

THE BINDING FORCE OF ARTICLE 73, PARAGRAPH 2 OF 1982 TURKISH CONSTITUTION

Res. Asst. Sema AYATAR KIZILYAR.....995

Yasar University Faculty of Law, Dept. of Administration Law

e-mail: sema_ayatar@hotmail.com

ADJUSTMENT OF RENT PAYMENTS UNDER TURKISH LAW OF OBLIGATIONS AND LEGAL NATURE OF DECLATORY ACTIONS RELATING TO ADJUSTMENT OF RENT PAYMENTS UNDER TURKISH LAW OF CIVIL PROCEDURE

Res. Asst. Tülay ÖZER.....1013

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

e-mail: tulay.ozer@yeditepe.edu.tr

LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN CONDOMINIUM OWNERS AND AUDITOR OR BOARD OF AUDITORS

Res. Asst. Eda ERDEM.....1035

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: eda.erdem@yeditepe.edu.tr

PROVISIONS OF TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE CONCERNING DOMESTIC ARBITRATION

Res. Asst. Mehmet Oğuz VURALOĞLU.....1055

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: oguz.vuraloglu@yeditepe.edu.tr

**ISSUES ARISING FROM THE APPLICATION OF LIMITATION PERIOD IN THE
BANKING LAW NO. 5411**

Res. Asst. Tuğba SEMERCİ.....1069
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law
e-mail: tugba.semerci@yeditepe.edu.tr

**REAL ESTATE PROPERTY ACQUISITION BY DECISION OF THE COURT,
BECAUSE OF FAILING TO FULFIL SALES COMMITMENT OF REAL ESTATE**

Aal. Ahmet Murat ARPACI.....1081
Attorney at Law, registered to Istanbul Bar Association
e-mail: murat@arpaci-erdogan.av.tr

**JUDGMENT OF THE HIGH COURT OF JUSTICE CONCERNING JOINT APPEAL
AGAINST THE DECISION OF REFUSAL OF ASYLUM AND HUMANITARIAN
PROTECTION REQUEST**

Translated by: Aal. Emrah EKŞİ.....1089
Attorney at Law, registered to Istanbul Bar Association
e-mail: emraheksi53@hotmail.com

**ANALYSE DER ENTSCHEIDUNG DES EUGH –
“SEDA KÜCÜKDEVECİ GEGEN SWEDEX GmbH & Co. KG.”**

Aal. Ferhat YILDIRIM.....1103
Attorney at Law, registered to Istanbul Bar Association
e-mail: yildirim88@msn.com





SİGORTA HUKUKUNDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI (PROTECTION OF CONSUMERS IN INSURANCE LAW)

Prof. Dr. Rayegan KENDER*

ÖZET

Sigorta sözleşmesinde tüketicilerin korunmasına çok önem verilmektedir. Ancak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un hükümleri incelendiğinde, bu kanunun sigorta tüketicilerinin korunmasında uygulanmayacağı, sadece altıncı maddede yer alan "haksız şart" hakkındaki hükmün sigorta özel şartlarına uygulanabileceği tespit edilebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta hukuku, tüketicilerin korunması, sigorta sözleşmesi, haksız şart, genel işlem şartları, sigorta şirketleri, sigorta ettiren, sigortalı, sigorta genel şartları, sigorta süresi, sigortacının edimi, sigorta brokeri, sigorta acentesi.

ABSTRACT

Consumer protection is an important issue in insurance contracts. Consumer Protection Act is not applicable insurance contracts with consumers, with an exception of Art. 6. of the same Act relating to "unfair terms".

Keywords: *Insurance law, protection of consumers, insurance contract, unfair term, general contract terms, insurance companies, insurer, insured, insurance general conditions, insurance period, performance of insurer, insurance broker, insurance agent.*

Giriş

Tüketicinin korunması, sigorta sektörünü çok yakından ilgilendirmektedir. Sigorta tüketicileri, sigorta korumasından faydalanması mümkün olan bütün şahıslardır. Bunlar sigorta ettiren, sigortalı, lehdar ve sorumluluk sigortalarından zarar gören şahıslardır. Bu şahıslar, bir sigorta sözleşmesine bağlı olarak sigorta tüketicisi sıfatı kazanmaktadırlar.

Sigorta tüketicisinin korunmasına verilecek önemin anlaşılması için önce iki temel konunun açıklanması gerekmektedir. Birincisi sigortacılığın hukuki mesnedi yani sigorta sözleşmesinde sigortacının ediminin niteliğidir. İkincisi tüketicinin korunmasında hakim olan ilkelerdir.

Yukarıda gösterilen hususların birbiriyle telifi sonucunda sigorta tüketicilerinin korunmasına hangi kuralların uygulanacağı ortaya çıkmaktadır.

1- Sigorta Sözleşmesinde Sigortacının Edimi

Sigorta sözleşmesi, sigortacının sigorta himayesini, sigorta ettirenin prim ödeme borcunu üzerine aldığı tam iki taraflı, borç doğuran bir sözleşmedir¹. Sigorta sözleşmesinin, sigortacılık faaliyetine bağlı olarak ekonomik, teknik, sosyal ve hukuki yönleri mevcuttur. Bunlar, özellikle sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan edimini etkilemektedir. Sigorta hukuku ilmi alanında, sigortacılık, rizikoların dağıtılması esasına dayandırılmaktadır. Bunun gerçekleşmesi için, sigortacının sözleşme yapıldığı andan itibaren belirli mali ve ekonomik çalışmalar yapması ve böylece sigorta edilen rizikoların bütün sigortalılara dağıtılması gerekmektedir. Bu çalışmalar, tahsil edilen primlerin değerlendirilmesi, nemalandırılması suretiyle elde edilecek sigorta fonlarından, gerçekleşen rizikoların ekonomik sonuçlarının karşılanmasının sağlanmasıdır. Bu çalışmaların nasıl yapılacağı hususu, sigorta şirketlerinin denetimi kanunlarında düzenlenmektedir. Sigortacının ediminin son hedefi olan, riziko gerçekleştiğinde bunu karşılayacak ödemegücüne sahip olması için, gerekli şartlar denetim mevzuatında düzenlenmiştir.²

Sigorta sözleşmesi tam iki taraflı sözleşmedir, sigortacının edimi, sözleşmenin yapıldığı andan başlar, şarta bağlı değildir.³ Sigortacının edimi, yani sigorta himayesi(risk taşıma mükellefiyeti) devamlı bir edimdir, sigortacı gerek rizikonun gerçekleşmesinden önce, gerek sonra yükümlülükler altına girmekte ve bunlar yerine getirilmediği takdirde sözleşmenin karşı tarafı olan sigorta ettiren ifayı talep hakkına sahip olmaktadır.⁴

Sigorta himayesinden, sigorta sözleşmesine bağlı olarak faydalananlar, sigorta ettiren, sigortalı, lehdar, sorumluluk sigortasında zarar görendir.

Sigorta ettiren, sözleşmenin tarafıdır.

Sigortalı, başkası hesabına yapılan, yani sigorta ettirenin kendisinin değil başkasının malvarlığını konu alan bir sözleşme yaparsa (zarar sigortasında) o şahsa, sigortalı denmektedir.

Lehdar ise, hayat sigortalarında sigorta ettirenin tayin ettiği sigortadan faydalanan şahıstır.

Sigortacının edimi olan sigorta himayesi veya tehlike taşıma konusunda sonuç olarak şu ilkeleri tespit edebiliriz:

Sigortacılığın güvenli, verimli ve başarılı bir şekilde yürütülmesinin sağlanması için;

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: rkender@yeditepe.edu.tr

¹ Kender, R., Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku 10. Baskı, İst. 2011, s. 161.

² 3.6.2007 tarihli Sigortacılık Kanunu, Fazla bilgi için: Kender, s.39 v.d.

³ Sigorta Sözleşmesi “tesadüfe bağlı” bir sözleşme değildir. Sayın Mehmet Özdamar’ın “ Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü” eserinde (s.75), Sigorta Sözleşmesinin “tesadüfe bağlı sözleşme” olduğu söylenmiş, s.78 de ise “tam iki tarafa borç yükleyen niteliğe sahip sigorta sözleşmesinde” ifadesi kullanılmıştır. Yazarın; “tesadüfe bağlı sözleşme” olması başlığı altında, sigortacının borcunun doğması için rizikonun gerçekleşmesi aranmıştır, böylece iki ifade arasında tenakuza düşülmüştür.

⁴ Kender, s. 161.

Sigorta şirketlerinin sigortadan faydalanan kişilerin (sigorta tüketicilerinin) hak ve menfaatlerini tam olarak karşılayabilecekleri mali bünye (güç) ye sahip olmaları,

Sigorta sözleşmelerindeki şartların, sigorta haklarının korunması , başka ifade ile sigorta tüketicilerinin beklentilerine ve ihtiyaçlarına uygun bir güvence sağlayacak nitelikte bulunması, gerekmektedir.

Bu hususları düzenleyen özel hükümler “Sigorta Hukuku” adını alan hukuk dalını teşkil ederler.⁵

2-Tüketicinin Korunması

Tüketicinin korunması konusunda⁶ önce incelenmesi gereken “tüketici” kavramının anlamıdır.

Tüketici, belirli mal veya hizmetleri kişisel ihtiyaçları için kullanan veya alan kişiler olarak tanımlanmaktadır.⁷ Tüketici, aldığı mal veya hizmeti, ticaret veya bir meslek ifası için almayacaktır.

Tüketici kavramının ortaya çıkması şöyle açıklanmaktadır.⁸ “Tüketici, teknolojinin gelişmesi ile alıcı çok kere aldığı malların nasıl yapıldığını, nasıl çalıştığını bilmemekte veya bunları anlayamamaktadır, sadece onu kullanmayı öğrenerek belirli bir fonksiyonu görmesi için satın almaktadır. Satıcı taraf da çoğu zaman sattığı malın sadece ne işe yaradığını bilerek satmakta ve sattığı malın tüketici bakımından ne gibi sakıncalar doğuracağını bilmemektedir. İşte bu durumdaki alıcı, tüketicidir ve korunması gerekmektedir.”

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, tüketici kavramı esas itibarıyla alım- satım akdinde ortaya çıkmıştır. 20. asrın ortalarında “tüketici”den değil “alıcı”dan söz edilmiştir. Tüketicinin korunması, daha sonra genişletilerek mal alan ile hizmet alan şekline getirilmiştir.

Tüketicinin tüzel kişi olup olmayacağı tartışılmıştır. Bu konuda iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüş ilk defa Poroy tarafından⁹ şöyle açıklanmıştır “bir tüzel kişi de sadece kendi ihtiyacı için bir mal veya hizmet alabilir, örneğin; bir ticaret şirketinin büro ihtiyacı için kırtasiye malzemesi alması halinde” tüketici olur.

İkinci görüş ise, tacir niteliğindeki tüzel kişilerin bütün muamele ve işlemleri ticari iş olduğuna göre, bunlara özel-ticari kuralların uygulanacağı gerekçeleri ile, bu

⁵ Kender, s, 4-5, 38 v.d., 161; Möller, H, Versicherungsversagsrecht, Wiesbaden 1971 2.16 v.d; Bruck, Möller, Kommentar zum Versicherungsrecht, 8.Auff. 1961 Berlin, s. 97-109.

⁶ Tüketicinin Korunması hukukunda geniş bilgi için: Zevkiler, A, -Aydoğdu, M, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2004, Ankara.

⁷ Tüketici kavramının Türk Hukukunda ilk defa billimsel olarak tayini konusunda bak. Poroy, R, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları(Ord.Prof.Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1978, s.522 v.d.).

⁸ Yılmaz, İ, Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 2006 Ankara s.28 v.d.

⁹ Poroy, R, a.g.m, s. 522.

tüzel kişilerin bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak kullanmalarının söz konusu olamayacağı şeklindedir.¹⁰

İkinci görüşün, sigorta tüketicisi tüzel kişiler bakımından kabulü mümkün değildir. Sigorta tüketicileri bahsinde açıklanacağı üzere, sigorta, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda meydana gelen bir ZARAR veya İHTİYAÇI karşılar.

Tüketicinin Korunması konusundaki en temel ve kapsamlı eserde¹¹ Kanunun hükmündeki ifade esas alınarak şu açıklamalar yapılmıştır.

“Kanun hükmüne göre, tüketici gerçek veya tüzel kişi olabilir. Ancak tüzel kişiler içinde yer alan ticaret şirketleri için durum farklıdır. Mevcut hukuk sistemine göre ticaret şirketlerinin tüm işlemleri ticaridir. (TTK 21/1). Sadece gerçek kişilerin işlemleri istisnaen özel(ticari olmayan) amaçla olabilir. Şu halde şirket adına yapılan işlemde kesinlikle özel amaç olamaz ve yapılan işlemler Tüketicinin Korunması Kanunu kapsamı dışında kalır.”

Tüketici kavramının tanımında şu unsur da yer almıştır. (Kanun m. 3/e): tüketici; tüketici sözleşmesi yapıldığı anda, ticari ve mesleki olmayan bir amaçla hareket etmiş olmalıdır. Bu unsur da şöyle açıklanmaktadır.¹² “Böyle olunca, bir mal olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan, yani kendisi de satıcı konumuna geçecek olan kişiler tüketici sayılmazlar.

Burada, daha çok mal alımı üzerine durulmuştur.

Hizmet alımına gelince, acaba bir tüzel kişi, ticaret şirketi, mesleki olmayan bir amaçla bir hizmet alabilir mi? Başka ifade ile, alınan hizmetin mesleğin icrası için kullanılmadığı hal olabilir mi? Bunun tipik örneğini aşağıda ayrıntıları ile açıkladığımız sigorta tüketicileri teşkil eder. Sigortacılık hizmet olarak kabul edilirse – hukuki niteliği tam bu olmamakla beraber- sigortadan faydalanan kişiler tamamen kendi ihtiyaçları için hareket ederler. Sigorta ile ya bir zarar veya hayat sigortasında kişisel ihtiyaç karşılanır. Şu halde, ticaret şirketlerinin mesleki amaç taşımayan işlemleri olabilir.

Tüketicinin Korunmasına gelince;

Tüketicinin korunmasında gözönünde bulundurması gereken ilkeler en isabetli olarak aşağıdaki şekilde belirtilmiştir.¹³

- Tüketicilerin aşırı fiyatlara karşı korunması
- Tüketicilerin sağlıklı bir rekabet ortamından yararlandırılması ve iyi seçim yapabilmesi için aydınlatılması
- Tüketicilerin genel işlem şartları ile sömürülmesinin önlenmesi
- Tüketicilerin bozuk ve tehlikeli mamullerden korunması
- Tüketicilerin taksitle veya ön ödemeli satımlarının ve tüketici kredisinin tehlikelerine karşı korunması

¹⁰ Aslan, Y, İ, s.34 dn. 10 da bu görüşüne Yargıtay 19. HD. 6.71999- E:3932/ K:4621 sayılı Kararına atıf yaparak, tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilmeyeceğini, TKHK da belirtilen tüzel kişilerin Dernek ve Vakıf olması gerektiğini ileri sürmüştür.

¹¹ TKHK m.3/e: “Tüketici: bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder”, Zevkliler, A- Aydoğdu, M, s. 80-81

¹² Zevkliler, A – Aydoğdu, M, s. 83.

¹³ Prof. Dr. Haluk Tandoğan Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün bu açıdan değerlendirilmesi, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, No.416 Konferanslar Dizisi: 2, Ankara, 1977.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

• Tüketicilerin bireysel talep veya dava haklarının fiilen veya kolaylıkla kullanmaya özendirilmesi

Yukarıda gösterilen ilkelerden anlaşıldığına göre, tüketicinin korunması, sözleşme hukuku ile yakından ilgilidir. Burada önemli husus, bu alınan hizmet veya malın ilgili sözleşme şartlarına tamamen uygun olması, sözleşme şartlarının da tüketici tarafın menfaatlerini ihlal etmeyecek şekilde olması, edimler arasında uygun bir denge sağlanmasıdır. Bu amaçlara varılması için, tüketicinin korunmasından önce, mal veya hizmet alınmasına dair olan sözleşmeler üzerinde durulmuştur. Özellikle, şartların, tarafların karşılıklı olarak tartışmadıkları, karşı tarafça önceden hazırlanıp tüketiciye empoze edilen sözleşme şartları ile meşgul olunmuştur.¹⁴

Bu konuda çok önemli bir gelişme Avrupa Hukukunda yer almıştır. Avrupa Birliğinin 5 Nisan 1993 tarihli direktifinde, üye ülkelere, tüketicilerle yapılan sözleşmelerde, tüketicilerin menfaati ve mesleki rekabet konusunda kötüye kullanılabilir şartların (clauses abusives) kullanılmamasını sağlamaları istenmiştir.¹⁵ Direktifin 3. Maddesinde sözkonusu şartın tanımı şöyle yapılmıştır. Sözleşmede, tarafların karşılıklı olarak kararlaştırmadığı önceden hazırlanmış olan bir şart, iyi niyet olmadığı halde tüketicinin aleyhine sonuç doğurabiliyor yani tarafların sözleşmeden doğan borçları arasında bir dengesizlik yaratabiliyorsa, bu kötüye kullanılabilir şart teşkil eder. Burada, üzerinde durulan, önceden hazırlanıp tüketiciye empoze edilen şartlar konusunda, sigortacılıkta kullanılan "sigorta genel şartları" önemli bir örnek teşkil eder.¹⁶

Tüketicilerin sözleşme yapılırken korunması:

Sözleşme şartları konusunda ki koruma, Tüketicinin Korunması Kanunu 6. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

"SÖZLEŞMEDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

Madde 6 - (Değişik madde: 06/03/2003 - 4822 S.K./7. md.)

Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek tarafı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.

Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.

Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için : Aslan, Y, İ, a.g.e, s.173 v.d.

¹⁵ La Directive 93/13/CEE du 5 Avril 1993 concernant Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁶ Aşağıda, sigorta tüketicileri bakımından konu üzerinde durulmuştur.

Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.

6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir.

Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.”

Maddede yer alan “sözleşme şartının haksızlığı” değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya kıymetin niteliği gözönünde tutulacaktır.¹⁷ Bu hüküm yukarıda açıklanan AB Direktifindeki düzenlemeyi Türk Hukukuna getirmiştir¹⁸ ancak “haksız şart” olarak isimlendirilmesi, Direktifteki tanıma tam uygun değildir. “Kötüye kullanılabilen şart” ifadesi tam karşılığıdır.

Tüketicinin korunması konusuna giren diğer bir husus, sağlıklı bir rekabetten faydalanmasının sağlanmasıdır. Bu tüketicinin sözleşme yaptığı kurum veya şirketi ilgilendirir. Kurumlar arasındaki yıkıcı rekabet veya tekelleşme, tüketicilere uygun olmayan sözleşme yapma zorunluluğu doğurur ve sakinca yaratır.

Tüketicinin Korunması Kanununda (m.16 ve 17) bu konuyu düzenlemiştir.¹⁹

“TİCARİ REKLAMLAR VE İLANLAR

Madde 16 - (Değişik madde: 06/03/2003 - 4822 S.K./23. md.)

Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özür-lülere istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.

Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler.”

Madde 17 Reklam Kurulunun üyeleri ile yetki ve görevlerini düzenlemiştir.

Tüketicinin Korunması konusunda, diğer husus da, sözleşme yapılırken tüketicieye bilgi verilmesi ve aydınlatılmasıdır. Bunun amacı, bir mal veya hizmet alan tüketicinin sözleşme ile hangi haklara sahip olduğunu bilmesinin sağlanmasıdır. Yukarıda zikredilen Direktifin 5. Maddesine göre, tüketicieye teklif edilen şartlar daima

¹⁷ Bu konuda geniş bilgi için bakınız: Zevkliler A.- Aydoğdu M., s. 163-165.

¹⁸ Atamer, Y, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s.317 v.d.

¹⁹ Konuya ait geniş bilgi için bakınız: Zevkliler, A. - Aydoğdu, M. , a.g.e, s. 374-375.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

açık ve anlaşılır şekilde yazılı olarak verilmelidir. Bu şartın anlamında tereddüt olursa, tüketicinin en lehine olan şekilde yorumlanıp açıklanmalıdır.

Tüketicinin Korunması Kanunu m6/6 dan bu husus dolaylı olarak çıkmaktadır²⁰.

Tüketicinin sözleşme yapırlen korunmasını sağlayıcı diğer bir husus, aldatıcı reklamların önlenmesidir.

Tüketici Korunması Kanunu m.16 ve 17 de bu konuda düzenleme getirmiştir. Bu maddelere müsteniden çıkarılan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik²¹ in 4.h) maddesinde Ticari reklam ve ilan tanımı verilmiştir.Aldatıcı reklamın tanımı ise Avrupa Birliğinin Direktifinde²² yapılmıştır.

Tüketicinin sözleşme yapıldıktan sonraki korunmasında iki kavram ortaya çıkmaktadır. Ayıplı mal ve ayıplı hizmet. Tüketicinin aldığı mal veya hizmetin ayıplı olması halinde, kanun kendisine önemli haklar tanımıştır.

Ayıplı mal, Kanunun 4. Maddesinde 1. fıkrasında tanımlanmıştır.

Tüketicinin aldığı malın ayıplı olması halinde 4. Maddesinin 2, 3, 4. Fıkralarında, sahip olduğu talep hakları düzenlenmiştir.

Ayıplı mal kavramı ile tüketicinin buna ait talepleri, çok ayrıntılı bir şekilde konuya dair bilimsel bir eserde incelenmişve açıklanmıştır.Bizim konumuz olan sigorta sözleşmesinde bir mal alınması sözkonusu olamayacağından aşağıda ayıplı hizmet konusu aynı eserden faydalanarak ana hatları ile gösterilmiştir.

Ayıplı hizmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun “ayıplı hizmet” başlıklı 4/a maddesine göre:

“AYIPLI HİZMET

Madde 4/A - (Ek madde: 06/03/2003 - 4822 S.K./5. md.)

Sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlarında veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler, ayıplı hizmet olarak kabul edilir.

Tüketici, hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde bu ayıbı sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi haklarına sahiptir. Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 4 üncü maddede belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteyebilir. Sağlayıcı, tüketicinin seçtiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

Sağlayıcı, bayi, acente ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren, ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

²⁰ Fazla bilgi için, Aslan, İ, Yılmaz,a.g.e. s. 57.

²¹ Fazla bilgi için, Aslan, İ, Yılmaz, s. 147.

²² 84/450/AET sayı ve 10 Eylül 1984 tarihli Yönerge, 1984 t. O, J. No. L 250/17 (Topluluk Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır.).

Daha uzun bir süre için garanti verilmemiş ise, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıplı hizmetten dolayı yapılacak talepler hizmetin ifasından itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak, sunulan hizmetin ayıbı, tüketiciden sağlayıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Ayıplı hizmetin neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz.

Bu hükümler, hizmet sağlamaya ilişkin her türlü tüketici işleminde de uygulanır.”

Bu düzenlemenin, belirli bir hizmetin verilmesini amaçlayan sözleşmelerde (istisna, vekalet, taşıma, yayın, sigorta vb.) ilgili sözleşme hükümleri tüketiciyi yeterli şekilde korumadığından Tüketicinin Korunması Kanunu na olan ihtiyacın sonucu olduğu belirtilmiştir.

Ayıplı hizmet iki grupta incelenmektedir. Birinci gruptakiler “zikredilen niteliklerdeki ayıplar”dır. Bunlar “sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlarda” var olan ayıplardır. (mad.4/1-I)

İkinci grupta yer alan lüzumlu niteliklerdeki ayıplar ise “standartlarında veya teknik kuralında tesbit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan veya yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler” şeklinde tanımlanmıştır.

Ayıplı hizmetler, maddi, hukuki, veya ekonomik olabilir. (mad. 4/A-I) Şöyle açıklanıyor²³

Hizmetin maddi olarak ayıplı olması, çoğu zaman hizmetin maddi açıdan somut bir nesne üzerinde gerçekleşmiş olması yüzünden ortaya çıkmaktadır. Örneğin; terzinin dikmesi gereken elbisenin bir kısmını dikmemiş olması, ismarlanan gelinliğin sadece yarısının dikilmiş olması. Hizmetin hukuki ayıplı olması, özellikle kamu hukuku kurallarının hizmeti engellemesi durumunda ortaya çıkar. Örneğin hizmetin görülmesinin belediye veya mahkemece yasaklanması yüzünden tüketicinin hizmetten yararlanamaması vb. Hizmetin ekonomik bakımdan ayıplı olması da hizmetin ekonomik bakımdan karşılaştırıldan daha kötü nitelikte yerine getirilmesi halinde ortaya çıkar. Örneğin, dikilen elbise kullanılan ipliğin kötü kalite olması yüzünden çabuk sökülmesi ekonomik ayıbın varlığını gösterir. Maddi, hukuki veya ekonomik ayıbın bir arada gerçekleşmesi de olasıdır. Örneğin son örnekte olduğu gibi kötü kaliteli iplikle dikilen elbiselerdeki ayıp hem ekonomik hem de maddi ayıbın varlığını gösterir.

Eksik hizmet sunulması kural olarak ayıp sayılmaz, ancak bu eksiklik aynı zamanda niteliği etkiliyorsa, ortada ayıplı hizmet vardır. (mad. 4/1-1)

Hizmette ayıp önemli değildir.

Hizmet, yarar ve hasarın tüketiciye geçtiği anda var olmalıdır, ayıbın hangi adnda ortaya çıktığı önemlidir.²⁴

Tüketici, ayıbın varlığını bilmeden hizmetten yararlanmış olmalıdır.

²³ Zevkliler Aydın, s. 137.

²⁴ Zevkliler, A- Aydoğdu, M, s. 138.

Sağlayıcının ayıbı bilmesine gerek yoktur.

3-Ayıplı Hizmet Nedeniyle Tüketiciye Tanınan Haklar

Ayıplı hizmette tüketicinin hakları, TKHK m. 4/A. 2 de şöyle düzenlenmiştir;

“Tüketici, hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde bu ayıbı sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi haklarına sahiptir. Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 4. maddede belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteyebilir. Sağlayıcı, tüketicinin seçtiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.”²⁵

3- Sigorta Tüketicilerinin Korunması

a) Sigorta tüketicilerine TKHK hükümlerinin uygulanması

Sigorta sözleşmesinde tüketiciler, sigortadan faydalanan, sigorta ettiren, sigortalı, lehdar ve sorumluluk sigortasında zarar gören şahıstır. Sigorta sözleşmesinin sağladığı teminatın TKHK m. 3/d deki tanıma göre bir hizmet olarak kabulü gerekmektedir.

Tanım şöyledir;

“Hizmet, bu ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder”

Sigorta sözleşmesinde, sigortacının verdiği taminat veya sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan edimi, daha önce açıklandığı üzere çok özel, sosyal, ekonomik ve ticari unsurları olan ve devamlı nitelik taşıyan bir faaliyettir. Basit bir ifade ile bugün günlük masraflarından ayırdığı para ile prim ödeyen sigortalılar, riziko gerçekleşinceye kadar, güvenceye sahip olduğuna ve riziko gerçekleştiğinde sigortacının sigorta tazminatı veya sigorta bedelini kendisine ödeyeceğine emin olması gerekir. İşte bu “emin olma” sigorta hukukunda, sigortacının “tehlike taşıma edimi olarak ifade edilir. Bunun da anlamı, sigortalıların (sigorta tüketicilerinin) karşılaşılabilecekleri rizikoların ekonomik sonuçlarının sigortacı tarafından üstlenilmiş olmasıdır.

Sigortanın temel unsuru olan sigortacının edimi riziko gerçekleşene kadar statik halde iken, rizikonun gerçekleşmesi ile dinamik hale gelir, böylece sözleşme yapılmasından itibaren sigorta himayesi başlar, devamlı bir edim niteliğine sahiptir. Başka ifade ile, sigortacı sözleşme yapıldığında, sigorta himayesinin, yani sigortacının sorumluluğunun başlamasından itibaren, sigorta süresi içinde her an gerçekleşebilecek rizikonun sonucundan sigorta ettirenin sözleşmeden doğan taleplerini karşılayabilecek durumda olmasıdır. Riziko, sözleşme yapılmasından bir gün sonra da gerçekleşebilir, sigortacı sonuçları karşılayacaktır. Sigortacının bu edimi yerine getirebilmesi için sigorta kavramının temeli olan, “rizikoların dağıtılması” veya “tehlike iştiraki” ni tesis etmesi gerekir. Bunun için, sigortacı sigortalıdan tahsil ettiği primleri, sigorta tekniği ve işletmesi esaslarına göre, yatırımlarını, reasuranslarını yapacak ve böylece elde edilen fondan rizikonun gerçekleşeceği her anda onun ekonomik sonuçlarını karşılayabilecektir. Zarar sigortalarında rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana

²⁵ Zevkliler, A- Aydoğdu, M, s. 138-139.

gelen zararı tazmin edecek (sigorta tazminatını ödeyecek) hayat sigortalarında ise, sözleşmede belirtilmiş olan sigorta bedelini ödeyecektir.

Sigorta sözleşmesi ile sağlanan hizmet, yukarıda kısaca açıklandığı üzere, çok yönlü ve özel hukuk kuralları ile düzenlenmiş bir teminat veya güvencedir. Sigorta teminatından faydalanan kişiler, sigorta sözleşmesinin karşı akdi olan sigorta ettiren, başkası hesabına yapılan sigortada, sigortalı hayat sigortalarında ise bunlara ek olarak lehdar sıfatını taşıyanlardır.

Sigorta sözleşmesinde, sigorta edilen riziko ve rizikonun konusu açık bir şekilde gösterilmelidir. Riziko, ilerde gerçekleşmesi muhtemel ve bir zarar veya ihtiyaç doğran bir olaydır. Rizikonun konusu ise, zarar sigortasında ya malvarlığında bulunan bir aktif veya sigorta sözleşmesinde belirtilen bir sebeple ortaya çıkacak bir pasiftir. Hayat sigortasında ise rizikonun konusu şahıstır.

Sigorta sözleşmesinde gösterilen riziko gerçekleştiğinde, bunun sonucu olarak sigorta ettiren, başkası hesabına sigorta varsa, sigortalının malvarlığında meydana gelen zararı, sigortacı karşılayacaktır. Hayat sigortasında, riziko gerçekleştiğinde, sigortacı, sigorta ettirene veya onun tayin ettiği lehdara sigorta bedelini öder.

Sigortacının riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatının veya sigorta bedelini ödeme borcunun doğumu için, sigorta ettirenin de sözleşme yapılırken, sözleşme süresi içinde ve riziko gerçekleştikten sonra yerine getireceği yükümlülüklerle prim ödeme borcu vardır. Bunlar tam olarak yerine getirilmezse, sigorta teminatını kısmen veya tamamen kaybeder.

Sigortacının (riziko taşıma) ediminin özellikleri konusunda ortaya çıkan hususlar şunlardır:

- Sigorta teminatından faydalananlar, sigorta ettiren, sigortalı, lehdar, ve sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişiler, “tüketici” niteliğine sahiptirler. Zira, bunlar sigorta güvencesini kendileri için alırlar. Sigorta ile, bir zararı veya bir ihtiyacı karşılarlar. Bu nedenle, tüzel kişi veya gerçek kişi olmasında durum aynıdır. Sigorta güvencesi ile mesleğini icra eden sadece Reasurans şirketinin karşısındaki sigorta şirketi olabilir.

- Sigortacılıkta “ayıplı hizmet” olamaz.

Ayıplı hizmet, TKHK m. 4/A fk. 1 hükmünün açıklanmasında²⁶ iki grupta incelenmiştir.

Birinci gruptakiler “zikredilen niteliklerdeki ayıplar”dır. Bunlar, “sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlardaki” ayıplardır. Sigortacılıkta bu anlamda bir ayıp ortaya çıkması mümkün değildir, sigorta sözleşmesi ve sigorta teminatı özel kurullarla düzenlenmiştir, sigorta şirketlerinin çalışma şartları da Kanun ile denetlenmektedir (Sigortacılık Kanunu).

İkinci grupta yer alanlar ise şöyle açıklanmıştır. “Lüzumlu niteliklerdeki ayıplar” ise, standartlarında veya teknik konularda tesbit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan veya yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksikliklerdir.

Ayıplı hizmet hakkındaki açıklamalardan anlaşıldığına göre, bunun sözkonusu olabilmesi için hizmetin yapılmış veya tüketici tarafından alınmış olması

²⁶ Zevkliler, s. 137-138.

gerekmektedir. Sigorta güvencesinin nihai alanı, sigorta tazminatının veya hayat sigortasında sigorta bedelinin ödenmiş olmasıdır. Sigorta sözleşmesinde, sigortacının ediminin şartları gösterilmiştir. Bunların gerçekleşmiş olması halinde, sigortacı ödeme yapacak yani sözleşmeyi ifa edecektir. Böylece, sigortacının ödemesi, “ayıplı ifa” olamaz, zira ödeme, sözleşmenin şartlarının gerçekleştiği hususunda taraflarca veya mahkemece yapılan inceleme(dava) sonucunda kesinleşecektir.

• TKHK m. 4 fk. 2 de yer alan tüketici haklarına ait hükümler sigorta tüketicilerine(ayıplı hizmet olduğu kabul edilse dahi) uygulanamaz.

Ayıplı hizmet halinde tüketiciye şu haklar verilmiştir:

• Sözleşmeden dönme: Sigorta sözleşmesine ait özel hükümlere göre, ayıplı hizmetin ifasından sonra sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinden dönmesi mümkün değildir, esasen bunun sigorta ettirene hiçbir faydası da olamaz.

• Hizmetin yeniden görülmesini talep: Sigortacılığın yukarıda açıklanan niteliğine göre, hizmetin yeniden görülmesi hukuken mümkün değildir, sigortacı, riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatı veya sigorta bedelini ödeyecektir.

• Ayıp oranında bedel indirilmesini talep: Sigortacılığın yukarıda açıkladığımız niteliğine göre ayıp oranında bedel indirimi hukuken mümkün değildir.

Sigorta sözleşmesini düzenleyen özel hükümler yukarıda gösterilen tüketici taleplerinin sözkonusu olamayacağını ortaya koymaktadır.

Sigorta tüketicilerinin korunmasının amaç ve anlamı şudur: Bir sigorta sözleşmesi yapıldığında riziko gerçekleştiği zaman, onun ekonomik sonuçlarının giderilmesinin sağlanmasıdır. Bunun için, gerekli olan hususlar, sigortacılık yapacak müesseseler ile sigorta sözleşmesinin sigorta tüketicilerinin bekledikleri sigorta güvencesinin tam olarak elde etmelerini gerçekleştirecek şekilde düzenlenmesidir.

Sigortacılık konusunda, yukarıda kısaca gösterilen düzenleme ile sigorta tüketicilerinin korunması, Tüketici Hukukunun önem kazanmasından çok önceki tarihlerden beri yapılmıştır.

b) Sigorta Tüketicilerini Koruyan Mevzuat

Sigorta tüketicileri, sigorta sözleşmesinden fayda sağlayan, sigorta teminatına sahip olan sigorta ettiren, sigortalı ve lehdardır. Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinin tarafıdır. Sigortalı, “başkası hesabına” yapılan sigortada sigorta teminatına sahip olan kişidir. Lehdar ise, hayat sigortasında, sigorta ettirenin tayin ettiği ve sigorta bedelini alacak olan şahıstır.

Sigorta tüketicileri sigorta hukukunu düzenleyen özel kurallar ile korunmaktadır.

Sigorta hukuku, sigorta sözleşmesini ve sigortacılık yapacak müesseselerin kuruluş ve çalışmalarını düzenleyen özel hukuk kurallarını inceleyen özel bir hukuk dalıdır.

Sigorta hukuku, yukarıda zikredilen kuralların mahiyeti itibarıyla iki kısma ayrılmaktadır: Sigorta Müessesesi Hukuku ve Sigorta Sözleşmesi Hukukudur.

Sigorta tüketicilerinin korunması açısından sigorta hukukunun bu iki grup kuralları aşağıda incelenmiştir.

aa) Sigorta Müessesesi Hukuku

Sigorta sözleşmesinde, sigortacının ediminin yukarıda açıklanan özelliği nedeniyle, sigorta tüketicilerinin korunması, sigortacının ihtiyaca uygun yeterli ve güvenli bir sigorta teminatı sağlamasını gerektirir. Bu amaca varılması için, düzenlenen özel hukuk kurallarının birinci bölümü, sigortacılığın düzenlenmesi ve denetimine ilişkin bulunmaktadır.

Sigortacılığın özellikleri; sigorta tekniğinin esaslarının da etkili olduğu gözönünde tutularak sigortacılık yapacak müesseseler özel kurullarla düzenlenmiştir.

Sigortacılık yapacak olan müesseselerin hukuki şekli, faaliyete başlarken ve çalıştıkları sürece tabi olacağı mali, teknik, ve işletme esasları Özel Kanunla düzenlenmiştir. Bu Kanunla, sigorta müesseseleri Devlet tarafından kontrol edilmektedir. Kanun hükümlerine uyulmaması halinde, cezai ve idari müeyyideler konmuştur. Bütün bu düzenlemelerin esas amacı sigorta tüketicilerinin hak ve menfaatlerinin korunmasıdır. Sigorta edilen rizikoların gerçekleşmesi halinde, sigorta tüketicilerinin karşısında ödeme gücü yeterli bir sigortacısının bulunması sağlanmaktadır. Sigorta tüketicilerinin, sigortacılığın Devlet tarafından denetlenmesi şeklindeki korunması, genel olarak tüketicinin korunması konusunun önem kazandığı tarihten çok önceden başlamıştır.

Sigortacılığın düzenlenmesi ve denetlenmesi kanunu, Devlet ile sigorta şirketleri arasındaki ilişkiyi düzenlediğinden ilim^{26a} sahasında bu, idare hukukunun özel bir kısmı olarak kabul edilmektedir. Devlet, sigorta şirketlerini büyük ölçüde idari tasarruflarla kontrol ettiğinden bunlarda cari olan, kanuna uygunluk, eşit muamele, güvenin korunması prensipleri ve idari usul hukukuna ilişkin kurullar sigorta denetimi hukukunda esas teşkil eder. Devlet kontrolünün amacı, sigorta tüketicilerinin hak ve menfaatlerinin korunmasıdır.²⁷

Sigortacılığın denetimi 19. asrın sonundan itibaren kanunla düzenlenmiştir.²⁸

Avrupa Birliği mevzuatında, sigorta müesseselerinin düzenlenmesi ve denetimi konusunda kurullar konmuştur.

Avrupa Birliğine üye devletler, Sigorta Denetimi Hukukuna ait Kanunlarını AB mevzuatına uygun hale getirmişlerdir.²⁹

Türk Hukukunda Sigorta Şirketlerinin Kontrolü

Türkiye’de ilk defa 25.6.1927 tarih ve 1149 sayılı “Sigortacılığın ve sigorta şirketlerinin teftiş ve murakebesi hakkında Kanun” ile sigortacılık yapacak şirketlerin tabi olacakları şartlar düzenlenmiştir. Böylece, hiçbir şarta tabi olmadan sigortacılık

^{26a} Prölls, Versicherungs aufsichtsgesetz, 12. Auflage, München, 2005, s. 18.

²⁷ Fazla bilgi için: Kender, R, Kanun yapma tekniği ve mevzuat açısından Sigortacılık Faaliyetlerinin düzenlenmesi hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, 1991, İstanbul, s. 10-23.

²⁸ İsviçre’de 1885, Almanya’da 1901, Fransa’da 1933, Türkiye’de 1927 tarihli Kanunlar

²⁹ Sigorta şirketlerinin kuruluş ve çalışma şartlarını düzenleyen temel kurullar: Hayat dışı (zarar) sigortalı için: Première directive du Conseil du 24 juillet (73/239/CEE) portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l’accès à l’activité de l’assurance directe autre que l’assurance sur la vie, et son exercice Tadili: 29.6.1976;18.6.1992. Hayat sigortalı için: Première directive de Conseil du 5 Mars 1979 (79/267/CEE) portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l’accès à l’activité de l’assurance directe sur la vie, et son exercice.)

yapılması önlenerek sigorta tüketicilerinin korunması, zamanın şartlarına göre sağlanmıştır³⁰. Ancak, sigortacılığın gelişmesi ile kanun ihtiyaçları karşılayamamak hale gelmiş ve 1959 tarih ve 7397 sayılı(RG:30.12.1959-10394) “Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun” çıkarılmıştır.İsviçre Kanunları örnek alınarak hazırlanmış olan bu kanun, sigortacılığın ihtiyaçların gerekli ve yeterli bir şekilde karşılayan bir düzenleme teşkil etmiştir³¹. Bu Kanunun uygulanmasından ortaya çıkan sorunlar nedeniyle konuya ait çalışmalara devam edilmiş ve sonunda 1987 tarihli Kanunla, önemli değişiklikler yapılmıştır³². Değişiklik Kanununda, AB kurallarından bazıları benimsenmiştir. Kanunun adı, “Sigorta Murakabe Kanunu” olmuştur. En önemli yenilik ise, Murakabe Makamının değişmesidir. Türkiye’de baştan veri, sigorta şirketleri, Ticaret Bakanlığı’nın (bazan Sanayi ve Ticaret Bakanlığı) kontrolüne tabi tutulmuş iken, Bakanlığa ait olan görev ve yetkiler 18.12.1987 tarihli kanunla Başbakanlığa devredilmiştir. Başbakanlığın bu yetkileri bir Devlet Bakanına devredebileceği kabul edilmiştir³³.

Bugün, sigorta şirketlerinin denetimine ait yetkiler, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Devlet Bakanına devredilmiştir.

Sigorta Murakabe Kanununun birçok maddesi KHK/539 ile değiştirilmiştir³⁴. (RG: 22.6.1994-21968)

Bugünkü duruma gelince;

3.6.2007 tarih ve 5684 sayılı “Sigortacılık Kanunu” ile sigorta şirketlerinin faaliyetleri düzenlenmiş ve önceki kanun yürürlükten kaldırılmıştır³⁵.

Sigortacılık Kanununda, sigorta denetimi hukuku esasları gözönünde tutularak, sigorta şirketlerinin, faaliyete başlama, teşkilat, yönetimi, çalışma esas ve usulleri ile faaliyetlerinin sona ermesi ve denetlenmesine ilişkin hükümler yer almıştır. Önceki Kanundaki hükümlerden pek çoğu yeni Kanuna da alınmıştır, ancak AB Kurallarına daha çok yaklaşan hükümler ilave edilmiş ve bazı hatalar düzeltilmiştir.

Kanunda, sigortacılık yapacak şirketler önceki Kanunda olduğu gibi, Anonim Şirket veya Kooperatif şeklindedir.

³⁰ 20.5.1938 tarih ve 3392 sayılı Kanunla, bu Kanuna bazı maddeler ilave edilmiştir.

³¹ Bu kanunlar ve açıklaması hakkında fazla bilgi için bak. Kender, R. Türk Hukukunda Devletin Sigorta Şirketlerinin Murakabesi, İst. 1968.

³² 11.6.1987 tarih ve 3379 sayılı Değişiklik Kanununun tam adı: “21.12.1959 Tarih ve 7397 sayılı Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanunun Adının ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanuna (7) Ek ve (5) Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun” [RG: 25.6.1987-19498]

³³ 18.12.1987 tarihli “Sigorta Şirketleri Hizmetlerinin Başbakanlığa Devri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” (KHK/303) ile, “Türk ve Yabancı Sigorta Şirketleri ile ilgili olarak 3143 ve 7397 sayılı Kanunla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na verilmiş bulunan görev ve yetkiler Başbakanlığa devredilmiştir. Başbakan bu hizmetleri yürütmesi ile ilgili yetkilerini gerektiğinde bir Devlet Bakanına devredilebilir (mad.1)”

³⁴ Sigorta Murakabe Kanununun son şeklinin değerlendirilmesi için: “Sigorta Murakabe Kanununda Değişiklik Yapan 539 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değerlendirilmesi Sempozyumu-23 Aralık 1994, Sigorta Hukuku Dergisi Yıl:1996 Sayı:1.

³⁵ Sigortacılık Kanunu Hükümleri, Kender, R, 9. Bası’ında 2008 de açıklanmıştır.

Sigortacılık yapabilmesi için Hazine Müsteşarlığından “ Ruhsat “ alınması ve bunun için Kanunda gösterilen şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu şartlar, şirketlerin teknik ve mali bünyesine ilişkindir.

Ruhsat alındıktan sonra, çalışma süresi içinde şirketlerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bunlar özellikle, teknik koşullar, teminatlar, aktif azaltıcı işlem yasağı, ana sözleşme değişikliğinde Hazine Müsteşarlığının onayının alınması ve mali bünyenin güçlendirilmesine ait olan müsteşarlıkça alınacak tedbirlere uyulmasıdır.

Sigorta denetimi hukuku ile sigorta sözleşmesi hukukunun birbirine en yakın olduğu konular

Sigorta Genel Şartları

Sigorta genel şartları, sigorta dalında yapılan bütün sigorta sözleşmelerine eklenen, önceden hazırlanan, tarafların hak ve borçlarını gösteren standart şartlardır. Genel şartlar, sigorta tüketicilerinin korunması amacıyla, denetim makamı tarafından tanzim veya tasdik edilmiştir.

Sigortacılık Kanununun genel şartlarını düzenleyen 11-(1) maddesinin metni şöyledir:

“Sigorta sözleşmesinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanmış ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir”.

Madde hükmünün anlaşılması için gerekçesine bakılması gerekmektedir, zira burada “özel şart”ın bilinen anlamı dışında kullanılmış olduğu izlenimi doğmuştur. Özel şartın anlamı bellidir, bir sigorta sözleşmesinin ferdileşmesini sağlayan ve sigortalının kabul ettiği şarttır. Maddenin gerekçesinde sigorta genel şartlarına ait şu açıklama yapılmıştır:

“... Türk Ticaret Kanununun sigorta sözleşmelerine ilişkin hükümlerine de paralel olarak sigorta sözleşmelerinin Müsteşarlıkça onaylanmış genel şartlara göre yapılması öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme ile Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde, önceki uygulamaya açıklık getirerek sigorta genel şartlarının sözleşmenin ana muhtevası olduğu hususu vurgulanmıştır. Diğer taraftan, Avrupa Birliği Direktiflerine göre, sigorta genel şartları tasdike tabi değildir ve her şirket kendi genel şartlarını hazırlamaktadır. Gerek ürün çeşitlendirilmesini, gerekse Avrupa Birliğine uyumu sağlayabilmek açısından, Müsteşarlıkça onay zorunluluğu kaldırılmak suretiyle sigorta genel şartlarının belirlenmesini şirketlere bırakma yetkisi tanınmış ancak bu durumda da genel şartların asgari içeriğinin ne olması gerektiği ayrıca belirtilmiştir.”

Gereke metnindeki açıklamalar, bunun kanun hükmü metnini yazandan başka bir kişi tarafından yazıldığını göstermektedir. Zira kanun hükmü ile gerekçede anlatılanlar birbirine uygun değildir. Şöyle ki; Kanun metnindeki birinci cümlemin anlamı, Sigorta Murakabesi Kanunu m. 28 deki hükümle aynıdır.³⁶

Maddede yer alan “özel şartlar” ise, sigorta hukukunda bilinen anlamındadır, yeni bir kavram değildir, olamaz. Zaten, bunun uygulamasının açıklığa kavuşturulması

³⁶ Kender, s. 70.

olduğu ifade edilmiştir. Avrupa Birliğinin Direktifinden sözediliyor, buna uyularak, sigorta genel şartlarının hazırlanmasının şirketlere bırakılması yetkisinin Kanun hükmünden nasıl çıkarıldığının anlaşılması mümkün değildir. Gerekçede söylenenler birbirini tutmadığı gibi Kanun hükmü de uygun değildir.

Burada, aslında sigorta sözleşmesi hukukuna giren bir konu söz konusudur. Şöyle ki:

Avrupa Birliği'nin 1992 tarihli ve Hayat Dışı Sigortalar hakkındaki Direktifinin³⁷ 29. maddesine göre "Üye devletler, sigorta poliçelerinde yer alan sigorta genel ve özel şartları, tarife ve formüller ve diğer basılı belgelerin önceden hazırlanıp onaylatılan şekli ile sigorta ettirenlere empoze etmelerinin, onların kabullerini zorunlu kılacak kuralları öngöremezler"

Sigortacılık Kanununun yukarıda açıklanan gerekçesinde kastedilen AB Kuralı budur. Avrupa hukukunda, sigorta genel şartlarının önceden hazırlanıp bu onaydan geçmesi istenmemektedir.

Sigorta sözleşmesi hukukunda tekrar geleceğimiz sigorta genel şartları konusunda çok önemli bir sorun karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa Hukukunda, tüketicinin korunmasına ilişkin açıklamalarımızda temas ettiğimiz 5 Nisan 1993 tarihli Direktif'in³⁸ "Kötüye kullanılabilen şartlar" şeklinde çevirebileceğimiz "les clauses abusives" TKHK m. 6 da "haksız şart" olarak ifade edilmiş, kanun hükmüne müsteniden çıkarılan yönetmelikte³⁹ "haksız şart" ın tanımı yapılmıştır.

Tüketicinin Korunması Kanununda haksız şarta ait kuralların sigorta sözleşmesinde uygulanıp uygulanmayacağı Sigorta Sözleşmesi Hukuku içinde sigorta tüketicilerinin korunması konusunda açıklanacaktır.

Sigorta Aracıları

Sigortacılık işlemlerinin özelliği sebebiyle, sigorta şirketlerinin sigorta güvencesini en geniş olarak yaymak amacıyla bir aracı teşkilatına ihtiyaç vardır. Sigorta aracıları, süresi içinde ve riziko gerçekleşikten sonra sigorta şirketini temsil ederek veya sadece aracılık yaparak hizmet ederler.

Sigorta aracıları, bütün ülkelerde olduğu gibi hukukuyla da iki gruba ayrılmıştır. Acenteler ve Brokerler

Acenteler

Acente kavramı, (6762 s. TTK m. 116-6102 s. TTK m.102 de) tanımlanmıştır. Sigorta acentesi de aynı nitelikte olup temsil edeceği veya aracılık yapacağı ticari işletme bir sigorta şirkettir. Sigortacılık K. daki tanımda⁴⁰ görüldüğü üzere, "nam ve hesabına

³⁷ Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaire et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur La vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive "l'assurance non vie").

³⁸ Sah. 12.

³⁹ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, RG : 13.6.2003-25137.

⁴⁰ Sigortacılık Kanununda (m. 2(1)) deki tanımlama şöyledir: "L) Sigorta acentesi ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta şirketlerine aracılık

aracılık etme” ifadesi kullanılmıştır. Bir kimsenin nam ve hesabına ancak bir hukuki işlem yapılır ve bunun adı temsildir. Kanun metnindeki yanlışlık şuradan ileri gelmiş olabilir: AB nin Sigorta Acentelerine ait Direktifinden aynen tercüme edilirken Türk hukukundaki “temsil” kavramı gözönünde tutulmamıştır. Maddede yer alan “hazırlık çalışmaları” “aracılık” kavramı içindedir. Aynı şey tekrar edilmiştir.

Acente'nin hukuki bünyesi, sahip olması gereken şartlar ve denetimi sigorta tüketicileri için çok önemlidir, sigorta şirketleri hemen daima sigorta sözleşmesini acente aracılığı ile yaparlar. Temsil yetkisine sahip olan acente, poliçeyi imzalar veya sigorta olmak isteyenin teklifini kabul etmek suretiyle sözleşmenin kurulmasını sağlar. Temsil yetkisine sahip olmayan acente ise, sigorta teklifini temsilci acenteye veya sigorta şirketine götürür ve kabul beyanını ona ulaştırır, böylece sözleşmenin kurulmasına aracılık eder.

Acentenin yukarıda kısaca açıklanan yetkilere sahip olması nedeniyle, sigorta denetimi hukukunda acente olmasının şartları, çalışma usûlleri, mali ve hukuki bünyesine dair kurallar getirmişlerdir.

Sigortacılık Kanunu'nda, sigorta acenteliği tam bir kurum haline getirilmiş ve isabetli bir şekilde düzenlenmiş, denetimin gerekli bir şekilde yapılması sağlanmıştır.^{40a} 23. maddede 18 fıkra halinde sigorta acentesinin denetimine ilişkin hükümler yer almıştır. Maddenin (1). fıkrasında, şimdiye kadar olmayan hüküm konmuş, “Sigorta acenteliği yapmak isteyenlerin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğince tutulan Levhaya yazılı olması gerekir”. Bu hükmü, sigorta acenteliğini bir meslek haline getirmiş, aynı zamanda denetimini de bir ciddiyet sağlamıştır. Bu levhaya kayıt olmak, Müsteşarlıktan sigorta acenteliği yapmak için gerekli nitelikleri taşıdıklarından gösteren bir belge alınması şartına bağlamıştır. Sigorta acenteliği yapacakların niteliklerine ilişkin usul ve esasları, bu fıkra hükmünün verdiği yetkiye binaen çıkarılan Acentelik Yönetmeliğinde gösterilmiştir.⁴¹

23. maddenin diğer fıkralarında: Acentelerin levhaya kayıt şekli, kaydın silineceği haller, Bankalar için istisna, yabancı sigorta acentelerinin Türkiye'de çalışmasına dair Bakanlar Kurulu Kararı alınması, acentelerin hakları ve öğrendikleri özel bilgileri açıklama yasağı hususları düzenlenmiştir. Bütün bu hükümler, sigortacılıkta önemli yeri olan sigorta acentelerinin düzgün ve kurallara uygun çalışmaları sağlanarak sigorta tüketicilerinin korunması amacına matuftur.

etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişi”.

^{40a} Avrupa Birliği hukukunda, “Sigorta Aracıları” konusunda, son olarak 9.12.2002 tarih ve 2002/92/EG sayılı Direktif yürürlüğe konmuştur. Direktif hükümlerinde, sigorta aracıları kavramları belirtilmiş, aracıların tescili ile mesleki yeterliliğe ilişkin esaslar ve bilgilendirme yükümlülükleri düzenlenmiştir. Sigortacılık Kanunundaki sigorta aracıları (acente, broker) na dair düzenleme, AB mevzuatına uyum amacına matuftur. Ancak SK daki düzenlemenin Direktif hükümlerine tam olarak uygun hale getirilememiştir. 2002/92/EG Direktifinin incelenmesi konusunda makale: Kemal Şenocak, Avrupa Birliği Sigorta Aracıları Direktifi (Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 1055-1070). Bu konuda fazla bilgi için: Yazıcıoğlu, E, Sigorta aracıları Hukuku I, İstanbul, 2010, s. 16-19.

⁴¹ Sigorta Acenteleri Yönetmeliği, RG:14.4.2008-26847 (Mükerrer).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Brokerler

Sigorta araçlarının ikinci grubu Brokerlerdir. Sigortacılık Kanunu “Aktüerler ve Brokerler” başlığını taşıyan 21. maddenin (2), (3), (4), ve (5) fıkralarında düzenlenmiştir.

(2) fıkraya göre: “Brokerlik, Müsteşarlıktan alınan Brokerlik ruhsatı ile yapılır”

Broker'in tanımı, Kanunun 2. (1) (d) maddesinde şöyle yapılmıştır: “Sigorta veya reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ederek, bu sözleşmelerin yaptırılacağı şirketlerinin seçiminde tamamen tarafsız ve bağımsız davranarak ve tazminat almak isteyen kişilerin hak ve menfaatlerini gözeterek sözleşmelerin akdinden önceki hazırlık çalışmalarını yürüteceği ve gerektiğinde sözleşmelerin uygulanmasında veya tazminatın tahsilinde yardımcı olmayı meslek edinen kişi”

Bu tanımda, “temsil ederek şirket seçimi” ile sözleşmenin uygulanması” gibi hatalı ifadeler bulunmakla beraber⁴², Broker'in, sigorta ettiren tarafında bulunan ve belli bir sigorta şirketine bağlı olmadan sigorta sözleşmesinin yapılmasında tarafları karşı karşıya getiren hazırlık çalışmaları yapan bir aracı olduğu ortaya konmuştur.

Kanunun 21. maddesinin ilgili hükümleri ile Brokerlerin de çalışma şartları ve sorumlulukları, yapacakları işlerin niteliğine ve sigortacılığın ihtiyaçlarına uygun bir düzenleme getirilmiştir.⁴³ Broker, sigorta olmak isteyenleri en iyi şartlarla sözleşme yapacak sigortacı bulacaktır. Böylece Brokerlik de sigorta tüketicilerinin korunmasında önemli bir yere sahiptir.

bb) Sigorta Sözleşmesi Hukuku

aaa) Sigorta Genel Şartları

Sigorta sözleşmesinde çok önemli bir yeri olan sigorta genel şartları, yukarıda da açıklandığı üzere bir sigorta dalında yapılacak bütün sigorta sözleşmelerinde yer alan ve tarafların borç, hak ve yükümlülüklerini gösteren sözleşme şartlarıdır.

Sigorta tüketicilerinin korunması amacıyla, oldukça eski tarihten itibaren, genel şartları sigorta şirketlerini Devlet adına denetleyen Kamu makamının hazırlaması veya onayı esas kabul edilmiştir. Denetim makamı sigortalıların hak ve menfaatlerinin koruyucusu olarak görülmüştür. Denetim kanunları, kanundan aldıkları yetki ile hazırladıkları, onayladıkları genel şartların kullanılması hususunda sigorta şirketlerine zorunluluk getirmiş ve bunun ihlali cezai yaptırıma bağlanmıştır. Burada Denetim makamının, (sigortalıların korunması) kamu menfaati gereği, sigorta şirketinin çalışma hürriyetinin sınırladığı kabul edilegelmiştir.⁴⁴

Sigorta Genel Şartları konusunda, Tüketici sözleşmelerinde ki düzenleme sigorta hukukunu da ilgilendirmektedir. Sigortalı, lehdar ve sorumluluk sigortalarında zarar görenlerin “tüketici” niteliğine sahip bulunduğu daha önce açıklanmıştır.⁴⁵ Burada incelenmesi gereken sigorta genel şartlarının TKHK m. 6/1 de tanımlanan “haksız şart” niteliğine sahip olabilip olamayacağıdır.

Haksız şartın tanımı şöyledir:

⁴² Bu konuda bilgi için: Kender, R, s.128.

⁴³ Bu düzenleme önceki Kanunda da mevcut idi.

⁴⁴ Bu konuda geniş bilgi için. Kender, s.39 vd.

⁴⁵ Bak. a.g.e. 13.

“m. 6/1: Satıcı veya sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır”.

“Tüketici sözleşmelerindeki Haksız Şart Hakkında Yönetmelik” in 5. maddesinde, Kanundaki tanımın unsurları açıklığa kavuşturulmuştur.

“Haksız Şart

Madde 5 — Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Bir satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.

İşbu Yönetmeliğin ekinde, yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yer almaktadır.

Sözleşme Şartlarının Haksızlığının Değerlendirilmesi

Madde 6 — Sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekir.

Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır.

Şartların haksızlığının taktirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.”

Sigorta genel şartlarında, Kanunda tanımı yapılan “haksız şart” niteliğinin bulunup bulunmadığı:

Kanunda yer alan tanımda, haksız şartın varlığı için iki unsur aranmıştır.

Birinci unsur, sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu şart olmasıdır.

“Tüketici ile müzakere etmeden” unsuru yönetmelikte şöyle açıklanmıştır:

“Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir”.

Sigorta genel şartlarında, yukarıda açıklanan unsurun bulunmadığı kabul edilmelidir, sözleşmesinin tarafı olan sigortacı(sağlayıcı) tarafından hazırlanmıştır. Sigortacılık Kanunu m. 11/1 e göre, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Bu hükme göre, genel şartlar ya Müsteşarlık tarafından düzenlenir(onaylanır) veya şirket tarafından düzenlenir, Müsteşarlık bunu onaylarken inceler ve sonuçta onayla metinleri kendisi

hazırlamış gibi olur. Uygulamada, genel şartlar Müsteşarlıkça hazırlanmaktadır, onay yetkisi içinde hazırlanma da mevcuttur.

Açıklanan duruma göre, s.g.s., “sağlayıcı” yani sigorta sözleşmesinin karşı tarafı olan sigortacı tarafından hazırlanmadığı için, TKHK m. 6 da yer alan “haksız şartın” birinci unsuru mevcut değildir. “Haksız şartın” ikinci unsuruna gelince, Müsteşarlık, sigorta şirketlerinin denetim makamı olarak sigortalıların (sigorta tüketicilerinin) hak ve menfaatlerinin koruyucusu durumunda bulunmaktadır. Bu nedenle, Müsteşarlığın, iyi niyeti olmadığı takdirde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bir şartı düzenlemesi ve onaylaması düşünülemez.

Böylece sigorta genel şartlarında, Sigortacılık K. m. 11 e göre, “haksız” şartın ikinci unsurunun da mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

Sigorta genel şartlarının açık ve anlaşılabilir şekilde yazılması gerekir. Ancak eğer yoruma müsait bir şart yer almışsa, bunun yorumunun daima sigortalı lehine yapılması kabul edilegelen bir temel kuraldır.⁴⁶

Diğer yandan, “haksız şart” kavramında mevcut olan onun tüketicinin korunması niteliğine esas teşkil eden bir unsur da, tüketici sözleşmesinde, sağlayıcının önceden hazırlayıp bir çok sözleşmede tüketiciye tartışma imkanı vermeden kabul ettireceği şartlarda, tarafların edimleri arasında tüketici aleyhine sağlayıcı lehine olacak bir dengesizlik yaratma isteğidir. Sigorta Genel Şartlarının, sigorta tüketicilerinin hak ve menfaatlerinin koruyucusu olan Müsteşarlıkça hazırlanmasında böyle bir durumun sözkonusu olması mümkün değildir.

Yukarıdaki açıklamalara göre, Sigortacılık K. m. 11 de düzenlenen sigorta genel şartlarında, TKHK m.6 da öngörüşen “haksız şart” niteliğinin bulunmadığı ve bu maddenin uygulanmayacağı sonucuna varılması gerekecektir.

Sigorta genel şartlarına, yeni Türk Borçlar Kanununun “ genel işlem koşulları” na ilişkin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı:

Kanun 20. maddesinde, genel işlem koşullarını şöyle tanımlamıştır:

“genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacı ile, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”

İfadesi çok düşük, hatalı ve isabetsiz olmakla beraber söylenmek istenen, sözleşmenin taraflarından birinin, çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlamış bulunduğu sözleşme şartıdır.

Sigorta genel şartları, yukarıda da açıklandığı üzere bu tanıma uymuyor: Sözleşmenin tarafı olan sigorta şirketi tarafından hazırlanmış, Sigortacılık Kanunu m. 11, sigorta şirketine, Müsteşarlıkça onaylanan genel şartların sözleşmeye konması gereği ve aksine davranış için cezai yaptırım hükmü getirmiştir.

Müsteşarlık, sigorta şirketlerini, sigortalıların hak ve menfaatlerini koruma amacı ile denetleyen kamu makamı olduğundan, sigorta tüketicilerinin aleyhine olacak haksız şartı onaylaması düşünülemez.

Sigorta genel şartları bakımından tüketicinin korunmasına ilişkin bir hüküm, yeni TTK m. 1425 de yer almıştır. Buna göre, sigorta poliçesindeki genel ve özel

⁴⁶ Kender, R, s.181-183 ; Lambert- Faivre, Y, s. 138.

şartlar, “rahat ve kolay okunacak biçimde” düzenlenir. Anlaşıldığına göre sadece ifade şekli üzerinde durulmuştur.

bbb) Sigorta Özel Şartları

Sigorta özel şartları, daha önce de açıklandığı üzere, bir sigorta sözleşmesinde tarafların karşılıklı görüşmeleri ile kabul edilen, sözleşmeyi ferdileştiren somutlaştıran şartlardır.⁴⁷ Sigortacı, kendi çalışma ilkelerine göre, belirli bir sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin durumuna ve ihtiyacına göre özel şart tesis etmesi ve böylece sigortalıların sözleşme yapmak için tercihini sağlaması sözkonusudur. Ancak, uygulamada, sigorta şirketleri, belirli bir dalda yapacakları bütün sigorta sözleşmelerinde kullanılmak üzere hazırladıkları bir nev’i standart özel şartlar poliçelere yazmaktadırlar.

Sigortacılık Kanunu m. 11(1) e göre: “Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılıya neden olmayacak şekilde, açık olarak belirtilir.”

Sigorta özel şartları, sigorta genel şartlarına aykırı olamaz, onlardan biri dahi değiştirilemez zira, genel şartlar sözleşmenin temel unsurlarını düzenler ve sigorta sözleşmelerinde mutlaka yer alması gerekir.

Sigorta özel şartlarını sigortacı hazırladığı için, yukarıda açıklanan, TKHK m. 6 hükümleri uygulanabilir.⁴⁸

Türk Borçlar Kanunu(Yeni) nun “Genel İşlem Koşulları” başlığı altında yer alan m. 20/1 deki tanım⁴⁹ TKHK m. 6/1 deki tanımla aynı anlama gelmektedir. Sigorta özel şartları bu tanıma uyduğu için, maddenin uygulanması mümkündür.

Burada açıklanması gereken husus şudur:

TKHK m. 6 ile Türk Borçlar Kanunu 20, 21, 22. maddelerinde yer alan hükümlerin amacı, daha önce de değinilen⁵⁰ 1993 tarihli AB direktifinde yer alan “kötüye kullanılabilen sözleşme şartı” kullanma yasağının sonuçlarına ilişkin düzenlemenin iç hukuka getirilmesidir. Ancak, aynı nitelikteki düzenlemenin iki defa (iki Kanunda) yer almış olması herhangi bir hukuki değeri olduğu düşünülemez.

Avrupa ülkelerinde, sözkonusu düzenleme sigorta tüketicilerine de uygulanacağı kabul edilerek bir Kanunda yer almıştır. Alman Hukukunda, 1993 tarihli Direktiften önce, Genel İşlem Şartları Kanunu (AGBG) § 3 hükmünde, “haksız şart” hükümlerine benzer, tüketiciyi koruyucu şartlar yer almıştır. Bunlar sigorta genel şartlarına da uygulanmakta idi. 1993 tarihli Direktifin ilgili hükümleri 19.7.1996 t. kanunla Genel İşlem Şartları Kanununa (AGBG 24.a) maddesine, daha sonra Genel İşlem Şartları Kanunu hükümleri Alman Yeni Medeni Kanununa (BGB mad. 305-310)

⁴⁷ Maurer, A, Schweizeniches Privatversicherungsrecht, Bern, 1986, s. 142.

⁴⁸ TKHK m. 6/1, sigorta özel şartlarına uygundur. Bunun sonucu, eğer özel bir şart, aynı hükümde gösterilen niteliğe sahip ise, “haksız şart” teşkil eden ve m. 6/2 e göre, tüketici için bağlayıcı olmaz.

⁴⁹ m. 20/1: genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

⁵⁰ Bak. Sah. 15.

alınmıştır. Haksız şarta ait hükümler m. 310/3 de yer almıştır.⁵¹

Fransız Hukukunda, 1995 tarihli bir Kanunla⁵² sözleşmelerde haksız şart kavramı hükümleri Avrupa Birliği Direktifine tamamen uygun bir şekilde Fransız Tüketiciyi Koruma Kanununa alınmıştır. (Art. L. 132-1). Sigorta tüketicilerinin korunmasında bu hükümlerin uygulanacağı kabul ve izah edilmektedir.⁵³

Belçika hukukunda, 1991 tarihli kanunda⁵⁴, m. 31 vd da “haksız şart” konusunda yukarıda açıklanan düzenleme yer almıştır. 31. maddede “haksız” şart tanımı yer almıştır, Direktifte, herhalde, bu kanundaki tanım aynen alınmıştır. Bu düzenleme özellikle sigorta tüketicilerine uygulanmıştır.⁵⁵

4- Sigorta Sözleşmesinde Bilgilendirme Yükümlülüğü

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerde, tüketiciyi koruyan bir husus da, sözleşme yapılırken, kullanılan genel şartlarda tüketicinin sahip olduğu hakların kapsam ve niteliği hakkında, karşı tarafa açıklama yapılması yükümlülüğüdür.⁵⁶

Aydınlatma yükümlülüğünü sigorta sözleşmesinde düzenlemesi AB hukukunda olmuştur. Avrupa Birliğinin daha önce açıklanan 1992 tarihli Hayat Dışı Sigortalara İlişkin Direktifi⁵⁷ mad. 31 de:

“Sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, sigorta hizmetini alan, sigorta şirketi tarafından şu hususlarda bilgilendirilmelidir.

Tarafların seçim serbestisi olmayan halde uygulanacak kanun,

Tarafların seçim serbestisi olan halde, sigortacının sigortalıya teklif ettiği Kanun:

Sigortalıların sözleşmeden doğacak talep haklarına ait hükümler, gerektiğinde dava açma hakkına zarar vermeyecek şekilde talepleri inceleyecek bir görüşmenin yapılması

Birinci paragraftaki yükümlülük, sigorta ettirenin gerçek kişi olması halinde uygulanır.

Bu maddenin uygulanma şekli, riskin bulunduğu üye devlet mevzuatında düzenlenir”

Avrupa Birliğinin Hayat Sigortası hakkındaki 2002 tarihli Direktifin⁵⁸, 36. maddesinde sigorta sözleşmesi yapılırken, sigorta süresi boyunca sigorta ettirene(EK III A ve B) de gösterilen hususlarda bilgi verilmesi gereği öngörülmüştür.

⁵¹ Bruck-Möller, Vercisherungsvertragsgesetz, Grosskommentar, Ersten Band §§ 1-32, 9. Auflage, 2008 Berlin, Eingf.c ku.10, sh. 39.

⁵² La Loi du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats.

⁵³ Bu konuda geniş bilgi için: Yvonne Lambert- Faivre, 'Droit des Assurances 12e éd, 2005, Paris, s.138-139.

⁵⁴ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du Commerce.

⁵⁵ Marcel Fontaine Droit des Assurances Deuxième édition 1996 Bruxelles s. 41.

⁵⁶ Bu konuda geniş bilgi için: Özdamar, M, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009, s.130 v.d.

⁵⁷ Bak. Sah. 15.

⁵⁸ Directive 2002/83/CE Parlement Européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur La vie.

EK III(ANNEXE III) metninde, Sigorta ettirene, gerek sözleşme yapılırken, gerek sözleşme süresince verilecek bilgilerin açık ve kesin ifadedeli, sözleşmenin yapıldığı Devletin resmi dilinde yazılı olması gerektiği öngörülmüştür.

Sigorta sözleşmesi yapılırken ve süresince sigorta ettirenleri bilgilendirme yükümlülüğü Avrupa Birliğinin “Sigorta Aracıları “na ilişkin Direktifinde de düzenlenmiştir.⁵⁹

Direktifin 12. ve 13. maddesinde bu konu çok ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁶⁰12. maddede, ilk sigorta sözleşmesi yapılırken ve gerekli ise sözleşmenin yenilenmesinde veya değişiklik yapılmasında, sigorta aracılarının sigorta ettirene(müşteriye), listedeki hususlara ait bilgi vereceklerdir.⁶¹

Avrupa Birliğinin, “Bilgilendirme” konusuna titizlikle yer verip düzenlenmesinin sebebi, sigorta genel şartlarının onaylanması kaldırıldığından⁶² sigorta tüketicilerinin korunmasının sağlanmasıdır.

Bilgilendirme konusunda bugünkü Türk Hukuku:

1- Sigortacılık Kanunu madde 11-(3) e göre:

“Sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması, gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehdar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususları yönetmelike düzenlenir.”

Kanun hükmü ile AB mevzuatında yer alan bilgilendirme yükümlülüğü, sigorta şirketleri ve acenteleri bakımından hukukumuzda alınmıştır.

Madde hükmünde yetki verilen Yönetmelik⁶³ çıkarılmıştır. Yönetmelikte yer alan hususlar aşağıda gösterilen başlıklar altında düzenlenmiştir.⁶⁴

1) Bilgilendirmeye ilişkin genel ilkeler

Madde 5 ve 6 da bilgilendirmenin şekli, konusu, ve zamanı gösterilmiş, sigorta şirketleri yanında sigorta acentelerine de bu hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür.

Madde 5 (3) e göre: “Sigortacı, dürüstlük ilkeleri çerçevesinde; sözleşmenin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında sigorta ettirene, sigortalıyla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak ve yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sözlü ve yazılı olarak sağlamak ve sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hal ve davranıştan kaçınmak zorundadır”

Bu uzun ve ifadesi yer yer çok düşük olan cümle ile, bilgilendirmenin konusu isabetle belirtilmiştir.

2) Sorumluluk

Madde : 7(1) e göre:

“Bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi

⁵⁹ Directive 2002/92 du Parlement Europeen et du Conseil du 9 decembre 2002 sur l'intermediation en assurance.

⁶⁰ Fazla bilgi için: Yazıcıoğlu, E, s.169 v.d.

⁶¹ Burada, AB'nin “Bilgilendirme” konusuna ait son Direktif hükümleri zikredilmiştir.

⁶² Bak. Sah. 15.

⁶³ Yayınlandığı RG:28.10.2007-26684.

⁶⁴ Yönetmelikteki temel hükümler gösterilmiş, ancak bunların değerlendirilmesi yapılmamıştır, genel olarak AB hukukundaki “Bilgilendirme” ye dair esaslar alınmış bulunmaktadır.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

MADDE 7 – (1) Sigorta sözleşmesinin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında, bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş ya da bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde düzenlenen Bilgilendirme Formu gereği gibi teslim edilmemiş yahut Bilgilendirme Formunda yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise, sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.”

3) Bilgilendirme Formu ve Diğer Belgelerin Verilmesi

Madde : 8 ve 9 da Bilgilendirme formunun nasıl hazırlanacağı, şekli, ve sigorta tüketicilerine ne zaman verileceği düzenlenmiştir.

4) Sözleşme Kurulduktan Sonta Sigortacının Yükümlülükleri ve Sigorta Ettirenin Bilgilendirilmesi

Madde : 11 de Bilgilendirmenin şekli düzenlenmiştir.

Madde : 12 ve 13 de, Bilgi talepleri ve şikayetlerinin cevaplandırılması ile kamuoyunun Bilgilendirilmesi (İnternet Sitesi Kurma Zorunluluğu) hususları düzenlenmiştir.

Anılan maddeler, sigorta acenteleri için geçerli değildir. (m.6(1)).

Yönetmelikte, kanun hükmünün verdiği yetkinin aşılmış olduğu görülmektedir. Özellikle, “sorumluluk” hükmü kanuna aykırıdır.⁶⁵

Türk Ticaret Kanunu (Yeni) m. 1423

“Aydınlatma yükümlülüğü” başlığını taşıyan 1423. maddenin metni şöyledir:

“Madde 1423 (1) sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

(2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi halinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin isbatı sigortacıya aittir.

(3) Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler”

Kanundaki bu düzenlemenin incelenmesinden anlaşıldığına göre, “bilgilendirme” konusu, yapılmasına karar verilen sigorta sözleşmesinin hükümlerine ait bilgi verilmesidir. Bu durumda, sigortacılarla Kanunda düzenlenen “bilgilendirme” ile aynı hukuki niteliğe sahiptir.

Madde hükmünün ifadesinde, aksaklıklar göze çarpmaktadır. Örnek: (1) fıkrada, “sigorta ettirene yazılı olarak bildirir” ifadesi doğrudur. Ancak, aynı fıkrada, “ayrıca” ile başlayan cümlede: Poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişki-

⁶⁵ Yönetmelikte, Kanunda verilen verilen yetkisinin aşılmış olduğu konusunda geniş bilgi için bak. Yazıcıoğlu, a.g.e s. 174.

si bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar” ifadesinde iki bilinmeyen vardır.

Birincisi, sigorta sözleşmesinin bütün şartları poliçede yazılıdır, Poliçe dışında hangi olay ve gelişme kastedilmektedir? İkincisi, “sigortalı” ile sadece başkası hesabına sigortada ortaya çıkar, bunun dışında, sigorta ettiren aynı zamanda sigortalıdır. Diğer yandan, sigorta sözleşmesi ile ilgili hususların, sözleşmenin tarafı olan sigorta ettirene bildirilmesi gerekir.

(2) fıkradaki hüküm ifadesi yanlıştır⁶⁶ ne demek istendiği anlaşılmamaktadır.

(3) “Aydınlatma açıklamasının verilmemesi halinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin isbatı sigortacıya aittir.”

5- Sigorta Aracılarının Sigorta Tüketicilerine Danışmanlık Hizmeti Vermesi

Avrupa Birliği hukukunda sigorta tüketicilerinin korunması, sigorta araçlarının danışmanlık hizmeti ile sağlanmıştır. 9.12.2002 tarihli Sigorta Aracılarına dair Direktif⁶⁷ in 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sigorta araçlarının danışmanlık hizmetinin esası şudur:

2. fıkraya göre: Sigorta aracı, müşterisine, tarafsız bir görüşle, sigorta piyasasında yapılmakta olan sözleşmelerden, müşterinin ihtiyacına en uygun olanı tavsiye eder.

Burada, sigorta sözleşmesinin, hangi sigorta şirketi ile yapılmasının taşıdığı şartlar bakımından müşterinin ihtiyacına en uygun olacağının da gösterilmesi sözkonusudur. Bu durumda, danışmanlık hizmetinin, sigorta araçlarından daha çok brokerler tarafından yapılacağı, bu hizmeti iç hukuklarına alan yabancı hukuklarda açıklanmıştır⁶⁸. Bunun sebebi, sigorta araçlarından acentelelerin genelde bir sigorta şirketine bağlı olmalarıdır. Broker ise, daha çok sigorta ettiren yanında yer alır, bir şirkete bağlı olmayan, ve müşterisinin sigortalatmak istediği rizikosuna en uygun şartları olan sigorta şirketinin sözleşmesini tavsiye edebilir.

⁶⁶ Bu hüküm eleştirisi için, Yazıcıoğlu, s. 178.

⁶⁷ Directive 2002/92/CE du Parlement Européen et du Conseil du 9 decembre 2002 sur l'intermediation en assurance.

⁶⁸ Fransız hukukunda: sigortacılığın mali ve teknik esasları sigorta sözleşmesi yapacak kimseler tarafından bilinmediğinden, daima sigorta araçları ile karşı karşıya ve onların yardımına muhtaç durumda oldukları, danışmanlık hizmetinin özellikle broker(courtier) tarafından belirli bir şirkete bağlı olmadıkları için yerine getirildiği ifade edilmektedir. Uygulamada bu konuya geniş yer verildiği ve sigorta araçlarının konuya ilişkin sorumluluklarında çok sert davrandığı anlaşılmıştır. Lambert, Y.-Faivre, Paris, s.124-125; Belçika Hukukunda: 27.3.1995 tarihli Kanunla A.B Direktifi iç hukuka alınmıştır. Bir şirkete bağlı olmayan broker (courtier) tarafından sigorta ettirenlere yapacakları sigorta sözleşmesi için yardım edileceği, en uygun şartları bulacağı ifade edilmiştir. Fontaine, M., Droit des Assurances, 2.e.ed.1996.Bruxelles, s.369; Alman Hukukunda, 2008 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanununun 6.maddesinde sigorta ettirene danışmanlık hizmeti düzenlenmiştir. Madde metninde, 5 fıkra halinde oldukça ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Sigorta ettirene yapılacak danışmanlığın konusu, zamanı ve amacı belirtilmiş, bu yükümlülüğün ihlalinin sonucu ortaya çıkacak sorumluluğun şartları belirtilmiştir.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

olduğu ifade edilmiştir. Avrupa Birliğinin Direktifinden sözediliyor, buna uyularak, sigorta genel şartlarının hazırlanmasının şirketlere bırakılması yetkisinin Kanun hükmünden nasıl çıkarıldığına anlaşılması mümkün değildir. Gereğede söylenenler birbirini tutmadığı gibi Kanun hükmü de uygun değildir.

Burada, aslında sigorta sözleşmesi hukukuna giren bir konu söz konusudur. Şöyle ki:

Avrupa Birliği'nin 1992 tarihli ve Hayat Dışı Sigortalar hakkındaki Direktifinin³⁷ 29 .maddesine göre "Üye devletler, sigorta poliçelerinde yer alan sigorta genel ve özel şartları, tarife ve formüller ve diğer basılı belgelerin önceden hazırlanıp onaylatılan şekli ile sigorta ettirenlere empoze etmelerinin, onların kabullerini zorunlu kılacak kuralları öngöremezler"

Sigortacılık Kanununun yukarıda açıklanan gerekçesinde kastedilen AB Kuralı budur. Avrupa hukukunda, sigorta genel şartlarının önceden hazırlanıp bu onaydan geçmesi istenmemektedir.

Sigorta sözleşmesi hukukunda tekrar geleceğimiz sigorta genel şartları konusunda çok önemli bir sorun karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa Hukukunda, tüketicinin korunmasına ilişkin açıklamalarımızda temas ettiğimiz 5 Nisan 1993 tarihli Direktif'in³⁸ "Kötüye kullanılabilen şartlar" şeklinde çevirebileceğimiz "les clauses abusives" TKHK m. 6 da "haksız şart" olarak ifade edilmiş, kanun hükmüne müsteniden çıkarılan yönetmelikte³⁹ "haksız şart" ın tanımı yapılmıştır.

Tüketicinin Korunması Kanununda haksız şarta ait kuralların sigorta sözleşmesinde uygulanıp uygulanmayacağı Sigorta Sözleşmesi Hukuku içinde sigorta tüketicilerinin korunması konusunda açıklanacaktır.

Sigorta Aracıları

Sigortacılık işlemlerinin özelliği sebebiyle, sigorta şirketlerinin sigorta güvencesini en geniş olarak yaymak amacıyla bir aracı teşkilatına ihtiyaç vardır. Sigorta aracıları, süresi içinde ve riziko gerçekleşikten sonra sigorta şirketini temsil ederek veya sadece aracılık yaparak hizmet ederler.

Sigorta aracıları, bütün ülkelerde olduğu gibi hukukuyla da iki gruba ayrılmıştır. Acenteler ve Brokerler

Acenteler

Acente kavramı, (6762 s. TTK m. 116-6102 s. TTK m.102 de) tanımlanmıştır. Sigorta acentesi de aynı nitelikte olup temsil edeceği veya aracılık yapacağı ticari işletme bir sigorta şirkettir. Sigortacılık K. daki tanımda⁴⁰ görüldüğü üzere, "nam ve hesabına

³⁷ Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur La vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive "l'assurance non vie").

³⁸ Sah. 12.

³⁹ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, RG : 13.6.2003-25137.

⁴⁰ Sigortacılık Kanununda (m. 2(1)) deki tanımlama şöyledir: "L) Sigorta acentesi ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabii bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta şirketlerine aracılık

aracılık etme” ifadesi kullanılmıştır. Bir kimsenin nam ve hesabına ancak bir hukuki işlem yapılır ve bunun adı temsildir. Kanun metnindeki yanlışlık şuradan ileri gelmiş olabilir: AB nin Sigorta Acentelerine ait Direktifinden aynen tercüme edilirken Türk hukukundaki “temsil” kavramı gözönünde tutulmamıştır. Maddede yer alan “hazırlık çalışmaları” “aracılık” kavramı içindedir. Aynı şey tekrar edilmiştir.

Acente'nin hukuki bünyesi, sahip olması gereken şartlar ve denetimi sigorta tüketicileri için çok önemlidir, sigorta şirketleri hemen daima sigorta sözleşmesini acente aracılığı ile yaparlar. Temsil yetkisine sahip olan acente, poliçeyi imzalar veya sigorta olmak isteyenin teklifini kabul etmek suretiyle sözleşmenin kurulmasını sağlar. Temsil yetkisine sahip olmayan acente ise, sigorta teklifini temsilci acenteye veya sigorta şirketine götürür ve kabul beyanını ona ulaştırır, böylece sözleşmenin kurulmasına aracılık eder.

Acentenin yukarıda kısaca açıklanan yetkilere sahip olması nedeniyle, sigorta denetimi hukukunda acente olmasının şartları, çalışma usûlleri, mali ve hukuki bünyesine dair kurallar getirmişlerdir.

Sigortacılık Kanunu'nda, sigorta acenteliği tam bir kurum haline getirilmiş ve isabetli bir şekilde düzenlenmiş, denetimin gerekli bir şekilde yapılması sağlanmıştır.^{40a} 23. maddede 18 fıkra halinde sigorta acentesinin denetimine ilişkin hükümler yer almıştır. Maddenin (1). fıkrasında, şimdiye kadar olmayan hüküm konmuş, “Sigorta acenteliği yapmak isteyenlerin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğince tutulan Levhaya yazılı olması gerekir”. Bu hükmü, sigorta acenteliğini bir meslek haline getirmiş, aynı zamanda denetimini de bir ciddiyet sağlamıştır. Bu levhaya kayıt olmak, Müsteşarlıktan sigorta acenteliği yapmak için gerekli nitelikleri taşıdıklarından gösteren bir belge alınması şartına bağlamıştır. Sigorta acenteliği yapacakların niteliklerine ilişkin usul ve esasları, bu fıkra hükmünün verdiği yetkiye binaen çıkarılan Acentelik Yönetmeliğinde gösterilmiştir.⁴¹

23. maddenin diğer fıkralarında: Acentelerin levhaya kayıt şekli, kaydın silineceği haller, Bankalar için istisna, yabancı sigorta acentelerinin Türkiye'de çalışmasına dair Bakanlar Kurulu Kararı alınması, acentelerin hakları ve öğrendikleri özel bilgileri açıklama yasağı hususları düzenlenmiştir. Bütün bu hükümler, sigortacılıkta önemli yeri olan sigorta acentelerinin düzgün ve kurallara uygun çalışmaları sağlanarak sigorta tüketicilerinin korunması amacına matuftur.

etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adma yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişi”.

^{40a} Avrupa Birliği hukukunda, “Sigorta Aracıları” konusunda, son olarak 9.12.2002 tarih ve 2002/92/EG sayılı Direktif yürürlüğe konmuştur. Direktif hükümlerinde, sigorta aracıları kavramları belirtilmiş, aracıların tescili ile mesleki yeterliliğe ilişkin esaslar ve bilgilendirme yükümlülükleri düzenlenmiştir. Sigortacılık Kanunundaki sigorta aracıları (acente, broker) na dair düzenleme, AB mevzuatına uyum amacına matuftur. Ancak SK daki düzenlemenin Direktif hükümlerine tam olarak uygun hale getirilememiştir. 2002/92/EG Direktifinin incelenmesi konusunda makale: Kemal Şenocak, Avrupa Birliği Sigorta Aracıları Direktifi (Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 1055-1070). Bu konuda fazla bilgi için: Yazıcıoğlu, E, Sigorta aracıları Hukuku I, İstanbul, 2010, s. 16-19.

⁴¹ Sigorta Acenteleri Yönetmeliği, RG:14.4.2008-26847 (Mükerrer).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Brokerler

Sigorta araçlarının ikinci grubu Brokerlerdir. Sigortacılık Kanunu “Aktüerler ve Brokerler” başlığını taşıyan 21. maddenin (2), (3), (4), ve (5) fıkralarında düzenlenmiştir.

(2) fıkraya göre: “Brokerlik, Müsteşarlıktan alınan Brokerlik ruhsatı ile yapılır”

Broker’in tanımı, Kanunun 2. (1) (d) maddesinde şöyle yapılmıştır: “ Sigorta veya reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ederek, bu sözleşmelerin yapılacağı şirketlerinin seçiminde tamamen tarafsız ve bağımsız davranarak ve tazminat almak isteyen kişilerin hak ve menfaatlerini gözeterek sözleşmelerin akdinden önceki hazırlık çalışmalarını yürüteceği ve gerektiğinde sözleşmelerin uygulanmasında veya tazminatın tahsilinde yardımcı olmayı meslek edinen kişi”

Bu tanımda, “temsil ederek şirket seçimi” ile sözleşmenin uygulanması” gibi hatalı ifadeler bulunmakla beraber⁴², Broker’in, sigorta ettiren tarafında bulunan ve belli bir sigorta şirketine bağlı olmadan sigorta sözleşmesinin yapılmasında tarafları karşı karşıya getiren hazırlık çalışmaları yapan bir aracı olduğu ortaya konmuştur.

Kanunun 21. maddesinin ilgili hükümleri ile Brokerlerin de çalışma şartları ve sorumlulukları, yapacakları işlerin niteliğine ve sigortacılığın ihtiyaçlarına uygun bir düzenleme getirilmiştir.⁴³ Broker, sigorta olmak isteyenleri en iyi şartlarla sözleşme yapacak sigortacı bulacaktır. Böylece Brokerlik de sigorta tüketicilerinin korunmasında önemli bir yere sahiptir.

bb) Sigorta Sözleşmesi Hukuku

aaa) Sigorta Genel Şartları

Sigorta sözleşmesinde çok önemli bir yeri olan sigorta genel şartları, yukarıda da açıklandığı üzere bir sigorta dalında yapılacak bütün sigorta sözleşmelerinde yer alan ve tarafların borç, hak ve yükümlülüklerini gösteren sözleşme şartlarıdır.

Sigorta tüketicilerinin korunması amacıyla, oldukça eski tarihten itibaren, genel şartları sigorta şirketlerini Devlet adına denetleyen Kamu makamının hazırlaması veya onayı esas kabul edilmiştir. Denetim makamı sigortalıların hak ve menfaatlerinin koruyucusu olarak görülmüştür. Denetim kanunları, kanundan aldıkları yetki ile hazırladıkları, onayladıkları genel şartların kullanılması hususunda sigorta şirketlerine zorunluluk getirmiş ve bunun ihlali cezai yaptırıma bağlanmıştır. Burada Denetim makamının, (sigortalıların korunması) kamu menfaati gereği, sigorta şirketinin çalışma hürriyetinin sınırladığı kabul edilegelmiştir.⁴⁴

Sigorta Genel Şartları konusunda, Tüketici sözleşmelerinde ki düzenleme sigorta hukukunu da ilgilendirmektedir. Sigortalı, lehdar ve sorumluluk sigortalarında zarar görenlerin “tüketici” niteliğine sahip bulunduğu daha önce açıklanmıştır.⁴⁵ Burada incelenmesi gereken sigorta genel şartlarının TKHK m. 6/1 de tanımlanan “haksız şart” niteliğine sahip olabilip olamayacağıdır.

Haksız şartın tanımı şöyledir:

⁴² Bu konuda bilgi için: Kender, R, s.128.

⁴³ Bu düzenleme önceki Kanunda da mevcut idi.

⁴⁴ Bu konuda geniş bilgi için. Kender, s.39 vd.

⁴⁵ Bak. a.g.e. 13.

“m. 6/1: Satıcı veya sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden, tek tarafı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır”.

“Tüketici sözleşmelerindeki Haksız Şart Hakkında Yönetmelik” in 5. maddesinde, Kanundaki tanımın unsurları açıklığa kavuşturulmuştur.

“Haksız Şart

Madde 5 — Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Bir satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, bir standart şartın münferiden tartışıldığı ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.

İşbu Yönetmeliğin ekinde, yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yer almaktadır.

Sözleşme Şartlarının Haksızlığının Değerlendirilmesi

Madde 6 — Sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekir.

Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır.

Şartların haksızlığının taktirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.”

Sigorta genel şartlarında, Kanunda tanımı yapılan “haksız şart” niteliğinin bulunup bulunmadığı:

Kanunda yer alan tanımda, haksız şartın varlığı için iki unsur aranmıştır.

Birinci unsur, sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden, tek tarafı olarak sözleşmeye koyduğu şart olmasıdır.

“Tüketici ile müzakere etmeden” unsuru yönetmelikte şöyle açıklanmıştır:

“Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir”.

Sigorta genel şartlarında, yukarıda açıklanan unsurun bulunmadığı kabul edilmelidir, sözleşmesinin tarafı olan sigortacı(sağlayıcı) tarafından hazırlanmıştır. Sigortacılık Kanunu m. 11/1 e göre, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Bu hükme göre, genel şartlar ya Müsteşarlık tarafından düzenlenir(onaylanır) veya şirket tarafından düzenlenir, Müsteşarlık bunu onaylarken inceler ve sonuçta onayla metinleri kendisi

hazırlamış gibi olur. Uygulamada, genel şartlar Müsteşarlıkça hazırlanmaktadır, onay yetkisi içinde hazırlanma da mevcuttur.

Açıklanan duruma göre, s.g.s., “sağlayıcı” yani sigorta sözleşmesinin karşı tarafı olan sigortacı tarafından hazırlanmadığı için, TKHK m. 6 da yer alan “haksız şartın” birinci unsuru mevcut değildir. “Haksız şartın” ikinci unsuruna gelince, Müsteşarlık, sigorta şirketlerinin denetim makâmı olarak sigortalıların (sigorta tüketicilerinin) hak ve menfaatlerinin koruyucusu durumunda bulunmaktadır. Bu nedenle, Müsteşarlığın, iyi niyeti olmadığı takdirde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bir şartı düzenlemesi ve onaylaması düşünülemez.

Böylece sigorta genel şartlarında, Sigortacılık K. m. 11 e göre, “haksız” şartın ikinci unsurunun da mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

Sigorta genel şartlarının açık ve anlaşılabilir şekilde yazılması gerekir. Ancak eğer yoruma müsait bir şart yer almışsa, bunun yorumunun daima sigortalı lehine yapılması kabul edilegelen bir temel kuraldır.⁴⁶

Diğer yandan, “haksız şart” kavramında mevcut olan onun tüketicinin korunması niteliğine esas teşkil eden bir unsur da, tüketici sözleşmesinde, sağlayıcının önceden hazırlayıp bir çok sözleşmede tüketiciye tartışma imkanı vermeden kabul ettireceği şartlarda, tarafların edimleri arasında tüketici aleyhine sağlayıcı lehine olacak bir dengesizlik yaratma isteğidir. Sigorta Genel Şartlarının, sigorta tüketicilerinin hak ve menfaatlerinin koruyucusu olan Müsteşarlıkça hazırlanmasında böyle bir durumun sözkonusu olması mümkün değildir.

Yukarıdaki açıklamalara göre, Sigortacılık K. m. 11 de düzenlenen sigorta genel şartlarında, TKHK m.6 da öngörüşen “haksız şart” niteliğinin bulunmadığı ve bu maddenin uygulanmayacağı sonucuna varılması gerekecektir.

Sigorta genel şartlarına, yeni Türk Borçlar Kanununun “ genel işlem koşulları” na ilişkin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı:

Kanun 20. maddesinde, genel işlem koşullarını şöyle tanımlamıştır:

“genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacı ile, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”

İfadesi çok düşük, hatalı ve isabetsiz olmakla beraber söylenmek istenen, sözleşmenin taraflarından birinin, çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlamış bulunduğu sözleşme şartıdır.

Sigorta genel şartları, yukarıda da açıklandığı üzere bu tanıma uymuyor: Sözleşmenin tarafı olan sigorta şirketi tarafından hazırlanmış, Sigortacılık Kanunu m. 11, sigorta şirketine, Müsteşarlıkça onaylanan genel şartların sözleşmeye konması gereği ve aksine davranış için cezai yaptırım hükmü getirmiştir.

Müsteşarlık, sigorta şirketlerini, sigortalıların hak ve menfaatlerini koruma amacı ile denetleyen kamu makâmı olduğundan, sigorta tüketicilerinin aleyhine olacak haksız şartı onaylaması düşünülemez.

Sigorta genel şartları bakımından tüketicinin korunmasına ilişkin bir hüküm, yeni TTK m. 1425 de yer almıştır. Buna göre, sigorta poliçesindeki genel ve özel

⁴⁶ Kender, R, s.181-183 ; Lambert- Faivre, Y, s. 138.

şartlar, “rahat ve kolay okunacak biçimde” düzenlenir. Anlaşıldığına göre sadece ifade şekli üzerinde durulmuştur.

bbb) Sigorta Özel Şartları

Sigorta özel şartları, daha önce de açıklandığı üzere, bir sigorta sözleşmesinde tarafların karşılıklı görüşmeleri ile kabul edilen, sözleşmeyi ferdileştiren somutlaştıran şartlardır.⁴⁷ Sigortacı, kendi çalışma ilkelerine göre, belirli bir sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin durumuna ve ihtiyacına göre özel şart tesis etmesi ve böylece sigortalıların sözleşme yapmak için tercihini sağlaması sözkonusudur. Ancak, uygulamada, sigorta şirketleri, belirli bir dalda yapacakları bütün sigorta sözleşmelerinde kullanılmak üzere hazırladıkları bir nev’i standart özel şartlar poliçelere yazmaktadırlar.

Sigortacılık Kanunu m. 11(1) e göre: “Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanlışlığa neden olmayacak şekilde, açık olarak belirtilir.”

Sigorta özel şartları, sigorta genel şartlarına aykırı olamaz, onlardan biri dahi değiştiremez zira, genel şartlar sözleşmenin temel unsurlarını düzenler ve sigorta sözleşmelerinde mutlaka yer alması gerekir.

Sigorta özel şartlarını sigortacı hazırladığı için, yukarıda açıklanan, TKHK m. 6 hükümleri uygulanabilir.⁴⁸

Türk Borçlar Kanunu(Yeni) nun “Genel İşlem Koşulları” başlığı altında yer alan m. 20/1 deki tanım⁴⁹ TKHK m. 6/1 deki tanımla aynı anlama gelmektedir. Sigorta özel şartları bu tanıma uyduğu için, maddenin uygulanması mümkündür.

Burada açıklanması gereken husus şudur:

TKHK m. 6 ile Türk Borçlar Kanunu 20, 21, 22. maddelerinde yer alan hükümlerin amacı, daha önce de değinilen⁵⁰ 1993 tarihli AB direktifinde yer alan “kötüye kullanılabilen sözleşme şartı” kullanma yasağının sonuçlarına ilişkin düzenlemenin iç hukuka getirilmesidir. Ancak, aynı nitelikteki düzenlemenin iki defa (iki Kanunda) yer almış olması herhangi bir hukuki değeri olduğu düşünülemez.

Avrupa ülkelerinde, sözkonusu düzenleme sigorta tüketicilerine de uygulanacağı kabul edilerek bir Kanunda yer almıştır. Alman Hukukunda, 1993 tarihli Direktiften önce, Genel İşlem Şartları Kanunu (AGBG) § 3 hükmünde, “haksız şart” hükümlerine benzer, tüketiciyi koruyucu şartlar yer almıştır. Bunlar sigorta genel şartlarına da uygulanmakta idi. 1993 tarihli Direktifin ilgili hükümleri 19.7.1996 t. kanunla Genel İşlem Şartları Kanununa (AGBG 24.a) maddesine, daha sonra Genel İşlem Şartları Kanunu hükümleri Alman Yeni Medeni Kanununa (BGB mad. 305-310)

⁴⁷ Maurer, A, Scweizeniches Privatversicherungsrecht, Bern, 1986, s. 142.

⁴⁸ TKHK m. 6/1, sigorta özel şartlarına uygundur. Bunun sonucu, eğer özel bir şart, aynı hükümde gösterilen niteliğe sahip ise, “haksız şart” teşkil eden ve m. 6/2 e göre, tüketici için bağlayıcı olmaz.

⁴⁹ m. 20/1: genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

⁵⁰ Bak. Sah. 15.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

alınmıştır. Haksız şarta ait hükümler m. 310/3 de yer almıştır.⁵¹

Fransız Hukukunda, 1995 tarihli bir Kanunla⁵² sözleşmelerde haksız şart kavramı hükümleri Avrupa Birliği Direktifine tamamen uygun bir şekilde Fransız Tüketiciyi Koruma Kanununa alınmıştır. (Art. L. 132-1). Sigorta tüketicilerinin korunmasında bu hükümlerin uygulanacağı kabul ve izah edilmektedir.⁵³

Belçika hukukunda, 1991 tarihli kanunda⁵⁴, m. 31 vd da “haksız şart” konusunda yukarıda açıklanan düzenleme yer almıştır. 31. maddede “haksız” şart tanımı yer almıştır, Direktifte, herhalde, bu kanundaki tanım aynen alınmıştır. Bu düzenleme özellikle sigorta tüketicilerine uygulanmıştır.⁵⁵

4- Sigorta Sözleşmesinde Bilgilendirme Yükümlülüğü

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerde, tüketiciyi koruyan bir husus da, sözleşme yapılırken, kullanılan genel şartlarda tüketicinin sahip olduğu hakların kapsam ve niteliği hakkında, karşı tarafa açıklama yapılması yükümlülüğüdür.⁵⁶

Aydınlatma yükümlülüğünü sigorta sözleşmesinde düzenlemesi AB hukukunda olmuştur. Avrupa Birliğinin daha önce açıklanan 1992 tarihli Hayat Dışı Sigortalara İlişkin Direktifi⁵⁷ mad. 31 de:

“Sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, sigorta hizmetini alan, sigorta şirketi tarafından şu hususlarda bilgilendirilmelidir.

Tarafların seçim serbestisi olmayan halde uygulanacak kanun,

Tarafların seçim serbestisi olan halde, sigortacının sigortalıya teklif ettiği Kanun:

Sigortalıların sözleşmeden doğacak talep haklarına ait hükümler, gerektiğinde dava açma hakkına zarar vermeyecek şekilde talepleri inceleyecek bir görüşmenin yapılması

Birinci paragraftaki yükümlülük, sigorta ettirenin gerçek kişi olması halinde uygulanır.

Bu maddenin uygulanma şekli, riskin bulunduğu üye devlet mevzuatında düzenlenir”

Avrupa Birliğinin Hayat Sigortası hakkındaki 2002 tarihli Direktifin⁵⁸, 36. maddesinde sigorta sözleşmesi yapılırken, sigorta süresi boyunca sigorta ettirene(EK III A ve B) de gösterilen hususlarda bilgi verilmesi gereği öngörülmüştür.

⁵¹ Bruck-Möller, Vercisherungsvertragsgesetz, Grosskommentar, Ersten Band §§ 1-32, 9. Auflage, 2008 Berlin, Eingf.c ku.10, sh. 39.

⁵² La Loi du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats.

⁵³ Bu konuda geniş bilgi için: Yvonne Lambert- Faivre, Droit des Assurances 12e éd, 2005, Paris, s.138-139.

⁵⁴ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du Commerce.

⁵⁵ Marcel Fontaine Droit des Assurances Deuxième édition 1996 Bruxelles s. 41.

⁵⁶ Bu konuda geniş bilgi için: Özdamar, M, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009, s.130 v.d.

⁵⁷ Bak. Sah. 15.

⁵⁸ Directive 2002/83/CE Parlement Européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur La vie.

EK III(ANNEXE III) metninde, Sigorta ettirene, gerek sözleşme yapılırken, gerek sözleşme süresince verilecek bilgilerin açık ve kesin ifadeli, sözleşmenin yapıldığı Devletin resmi dilinde yazılı olması gerektiği öngörülmüştür.

Sigorta sözleşmesi yapılırken ve süresince sigorta ettirenleri bilgilendirme yükümlülüğü Avrupa Birliğinin “Sigorta Araçları “na ilişkin Direktifinde de düzenlenmiştir.⁵⁹

Direktifin 12. ve 13. maddesinde bu konu çok ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁶⁰12. maddede, ilk sigorta sözleşmesi yapılırken ve gerekli ise sözleşmenin yenilenmesinde veya değişiklik yapılmasında, sigorta araçlarının sigorta ettirene(müşteriye), listedeki hususlara ait bilgi vereceklerdir.⁶¹

Avrupa Birliğinin, “Bilgilendirme” konusuna titizlikle yer verip düzenlenmesinin sebebi, sigorta genel şartlarının onaylanması kaldırıldığından⁶² sigorta tüketicilerinin korunmasının sağlanmasıdır.

Bilgilendirme konusunda bugünkü Türk Hukuku:

1- Sigortacılık Kanunu madde 11-(3) e göre:

“Sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması, gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehdar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususları yönetmelike düzenlenir.”

Kanun hükmü ile AB mevzuatında yer alan bilgilendirme yükümlülüğü, sigorta şirketleri ve acenteleri bakımından hukukumuzda alınmıştır.

Madde hükmünde yetki verilen Yönetmelik⁶³ çıkarılmıştır. Yönetmelikte yer alan hususlar aşağıda gösterilen başlıklar altında düzenlenmiştir.⁶⁴

1) Bilgilendirmeye ilişkin genel ilkeler

Madde 5 ve 6 da bilgilendirmenin şekli, konusu, ve zamanı gösterilmiş, sigorta şirketleri yanında sigorta acentelerine de bu hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür.

Madde 5 (3) e göre: “Sigortacı, dürüstlük ilkeleri çerçevesinde; sözleşmenin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında sigorta ettirene, sigortalıyla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak ve yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sözlü ve yazılı olarak sağlamak ve sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hal ve davranıştan kaçınmak zorundadır”

Bu uzun ve ifadesi yer yer çok düşük olan cümle ile, bilgilendirmenin konusu isabetle belirtilmiştir.

2) Sorumluluk

Madde : 7(1) e göre:

“Bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi

⁵⁹ Directive 2002/92 du Parlement Europeen et du Conseil du 9 decembre 2002 sur l'intermediation en assurance.

⁶⁰ Fazla bilgi için: Yazıcıoğlu, E, s.169 v.d.

⁶¹ Burada, AB'nin “Bilgilendirme” konusuna ait son Direktif hükümleri zikredilmiştir.

⁶² Bak. Sah. 15.

⁶³ Yayımlandığı RG:28.10.2007-26684.

⁶⁴ Yönetmelikteki temel hükümler gösterilmiş, ancak bunların değerlendirilmesi yapılmamıştır, genel olarak AB hukukundaki “Bilgilendirme” ye dair esaslar alınmış bulunmaktadır.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

MADDE 7 – (1) Sigorta sözleşmesinin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında, bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş ya da bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde düzenlenen Bilgilendirme Formu gereği gibi teslim edilmemiş yahut Bilgilendirme Formunda yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise, sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.”

3) Bilgilendirme Formu ve Diğer Belgelerin Verilmesi

Madde : 8 ve 9 da Bilgilendirme formunun nasıl hazırlanacağı, şekli, ve sigorta tüketicilerine ne zaman verileceği düzenlenmiştir.

4) Sözleşme Kurulduktan Sonta Sigortacının Yükümlülükleri ve Sigorta Ettirenin Bilgilendirilmesi

Madde : 11 de Bilgilendirilenin şekli düzenlenmiştir.

Madde : 12 ve 13 de, Bilgi talepleri ve şikayetlerinin cevaplandırılması ile kamuoyunun Bilgilendirilmesi(İnternet Sitesi Kurma Zorunluluğu) hususları düzenlenmiştir.

Anılan maddeler, sigorta acenteleri için geçerli değildir. (m.6(1)).

Yönetmelikte, kanun hükmünün verdiği yetkinin aşılmış olduğu görülmektedir. Özellikle, “sorumluluk” hükmü kanuna aykırıdır.⁶⁵

Türk Ticaret Kanunu (Yeni) m. 1423

“Aydınlatma yükümlülüğü” başlığını taşıyan 1423. maddenin metni şöyledir:

“Madde 1423 (1) sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirin yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

(2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi halinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin isbatı sigortacıya aittir.

(3) Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler”

Kanundaki bu düzenlemenin incelenmesinden anlaşıldığına göre, “bilgilendirme” konusu, yapılmasına karar verilen sigorta sözleşmesinin hükümlerine ait bilgi verilmesidir. Bu durumda, sigortacılarla Kanunda düzenlenen “bilgilendirme” ile aynı hukuki niteliğe sahiptir.

Madde hükmünün ifadesinde, aksaklıklar göze çarpmaktadır. Örnek: (1) fıkrada, “sigorta ettirene yazılı olarak bildirir” ifadesi doğrudur. Ancak, aynı fıkrada, “ayrıca” ile başlayan cümlede: Poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişki-

⁶⁵ Yönetmelikte, Kanunda verilen verilen yetkinin aşılmış olduğu konusunda geniş bilgi için bak. Yazıcıoğlu, a.g.e s. 174.

si bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar” ifadesinde iki bilinmeyen vardır.

Birincisi, sigorta sözleşmesinin bütün şartları poliçede yazılıdır, Poliçe dışında hangi olay ve gelişme kastedilmektedir? İkincisi, “sigortalı” ile sadece başkası hesabına sigortada ortaya çıkar, bunun dışında, sigorta ettiren aynı zamanda sigortalıdır. Diğer yandan, sigorta sözleşmesi ile ilgili hususların, sözleşmenin tarafı olan sigorta ettirene bildirilmesi gerekir.

(2) fıkradaki hüküm ifadesi yanlıştır⁶⁶ ne demek istendiği anlaşılmamaktadır.

(3) “Aydınlatma açıklamasının verilmemesi halinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin isbatı sigortacıya aittir.”

5- Sigorta Aracılarının Sigorta Tüketicilerine Danışmanlık Hizmeti Vermesi

Avrupa Birliği hukukunda sigorta tüketicilerinin korunması, sigorta araçlarının danışmanlık hizmeti ile sağlanmıştır. 9.12.2002 tarihli Sigorta Araçlarına dair Direktif⁶⁷ in 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sigorta araçlarının danışmanlık hizmetinin esası şudur:

2. fıkraya göre: Sigorta aracı, müşterisine, tarafsız bir görüşle, sigorta piyasasında yapılmakta olan sözleşmelerden, müşterinin ihtiyacına en uygun olanı tavsiye eder.

Burada, sigorta sözleşmesinin, hangi sigorta şirketi ile yapılmasının taşıdığı şartlar bakımından müşterinin ihtiyacına en uygun olacağının da gösterilmesi sözkonusudur. Bu durumda, danışmanlık hizmetinin, sigorta araçlarından daha çok brokerler tarafından yapılacağı, bu hizmeti iç hukuklarına alan yabancı hukuklarda açıklanmıştır⁶⁸. Bunun sebebi, sigorta araçlarından acentelerin genelde bir sigorta şirketine bağlı olmalarıdır. Broker ise, daha çok sigorta ettiren yanında yer alır, bir şirkete bağlı olmayan, ve müşterisinin sigortalatmak istediği rizikosuna en uygun şartları olan sigorta şirketinin sözleşmesini tavsiye edebilir.

⁶⁶ Bu hüküm eleştirisi için, Yazıcıoğlu, s. 178.

⁶⁷ Directive 2002/92/CE du Parlement Européen et du Conseil du 9 decembre 2002 sur l'intermediation en assurance.

⁶⁸ Fransız hukukunda: sigortacılığın mali ve teknik esasları sigorta sözleşmesi yapacak kişiler tarafından bilinmediğinden, daima sigorta araçları ile karşı karşıya ve onların yardımına muhtaç durumda oldukları, danışmanlık hizmetinin özellikle broker(courtier) tarafından belirli bir şirkete bağlı olmadıkları için yerine getirildiği ifade edilmektedir. Uygulamada bu konuya geniş yer verildiği ve sigorta araçlarının konuya ilişkin sorumluluklarında çok sert davrandığı anlaşılmıştır. Lambert, Y.-Faivre, Paris, s.124-125; Belçika Hukukunda: 27.3.1995 tarihli Kanunla A.B Direktifi iç hukuka alınmıştır. Bir şirkete bağlı olmayan broker (courtier) tarafından sigorta ettirenlere yapacakları sigorta sözleşmesi için yardım edileceği, en uygun şartları bulacağı ifade edilmiştir. Fontaine, M, Droit des Assurances, 2.e.ed.1996.Bruxelles, s.369; Alman Hukukunda, 2008 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanununun 6.maddesinde sigorta ettirene danışmanlık hizmeti düzenlenmiştir. Madde metninde, 5 fıkra halinde oldukça ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Sigorta ettirene yapılacak danışmanlığın konusu, zamanı ve amacı belirtilmiş, bu yükümlülüğün ihlalinin sonucu ortaya çıkacak sorumluluğun şartları belirtilmiştir.

Sigorta etitirenlere, danışmanlık hizmeti verilmesi bir yükümlülük olarak kabul ve tanzim edilmiştir.⁶⁹ Sigorta aracı, sigorta yaptırmak isteyen müşteriye en uygun ve isabetli çözümü gösterecektir. Brokerlerin hukuki durumu, çok önden beri açıklanmış üzere, esas olarak sigorta ettiren tarafından bulunan bir sigorta aracı ve hukuki niteliğinin (tallal) olduğu açıklanmıştır.⁷⁰ Broker'in, sigorta ettirene yardımcı olması daima görevine giren bir husustur. Ancak, sigorta hukukunda tüketicinin korunması üzerinde daha özenle durulması ile AB hukukunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.

Türk Hukukunda, sigorta ettirene danışmanlık yapılması yükümlülüğüne dair bir düzenleme yoktur.

Sigortacılık Kanununda, "Tanımlar" başlığı altındaki 2. maddenin d) bendinde Broker'in tanımı yapılmıştır. Metin aynen şöyledir:

"d) Broker: Sigorta veya reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ederek, bu sözleşmelerin yapılacağı şirketlerin seçiminde tamamen tarafsız ve bağımsız davranarak ve teminat almak isteyen kişilerin hak ve menfaatlerini gözeterek sözleşmelerin akdinden önceki hazırlık çalışmalarını yürütmeyi ve gerektiğinde sözleşmelerin uygulanmasında veya tazminatın tahsilinde yardımcı olmayı meslek edinen kişiyi ifade eder."

Bu tanımda önemli hata vardır. Şöyle ki:

"Sigorta ve Reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ederek" Broker, sigorta ettirenin temsilcisi değildir. Temsil yetkisi olmadığı, metinde, takip eden cümleden de anlaşılmaktadır: Sözleşme yapılacak şirketlerin seçiminde, temsil sözkonusu olamaz. Temsil yetkisi ile bir hukuki muamele yapılabilir. (Yeni Borçlar Kanunu m. 40, eski Borçlar Kanunu m. 32) Metinde, zikredilen cümleyi takiben, sözleşmenin yapılmasındaki hazırlık çalışmaları, uygulanmasında veya tazminatın ödenmesinde (yardımcı olmak) temsil yetkisine girmez.

Temsil yetkisi konusundaki hata dışında brokerin tanımında, danışmanlık belki çok az ölçüde ifade edilmiş oluyor. Ancak sigorta ettirene "danışmanlık" yapılması konusunda AB hukuku ve başlıca Avrupa ülkelerindeki düzenlemeye göre çok yetersizdir. Danışmanlık, sigorta ettirenin sigortalatmak istediği risklerin en uygun şartlı sigorta sözleşmesi hakkında görüş verilmesidir.

Bunun sonucu da, ihtiyaca uygun sigorta sözleşmesinin yapılacağı sigorta şirketinin tayinidir.

6- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesi

Kanunun 16. maddesindeki, sigorta şirketleri bakımından da koruma sağlayacak olan ve "Ticari Reklâmlar ve İlanlar" başlığını taşıyan hükmün metni aynen şöyledir:

"TİCARİ REKLAMLAR VE İLANLAR

Madde 16 - (Değişik madde: 06/03/2003 - 4822 S.K./23. md.)

⁶⁹ Konuya dair fazla bilgi için: Özdamar, M, s. 234-236.

⁷⁰ Kender, "Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku" nun ilk basısından beri yer verilmiştir. Önceden, Türk Hukukunda buna (prodüktör) adı verilmişti, "Broker" aslında İngilizce karşılığıdır. Almanca karşılığı "Makler", Fransızca karşılığı "courtier"dir. Türk hukukunda, İngilizce karşılığı kullanılmaktadır.

Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özür-lüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırılmalı reklamları yapılabilir.

Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler.”

Bu madde hükmünün sağladığı koruma sigorta tüketicileri bakımından Sigortacılık Kanunu m. 32 (1) de düzenlenmiştir. Metin şöyledir:

“İyiniyet

MADDE 32 – (1) Sigorta şirketleri ve aracılar, her çeşit broşür, izahname ve diğer belgeler ile ilan ve reklamlarını, taahhütleriyle sigortalıya sağlayacakları hak ve menfaatlerin sınır ve kapsamı dışında bir anlayışa neden olacak şekilde düzenleyemez ve kişi ve kuruluşlara gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı ve haksız rekabete yol açan beyanda bulunamaz Bu hükme aykırılığın tespiti halinde durum, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca faaliyet gösteren Reklam Kuruluna bildirilir.”

Sigorta tüketicilerine, Sigortacılık Kanunu hükmü uygulanmalıdır.

SONUÇ

Sigorta tüketicilerinin korunması, sigorta hukukunda, sigorta müessesesi hukuku ve Sigorta sözleşmesi hukukuna ait özel hükümlerle, genel olarak tüketicinin korunmasının önem kazanmasından çok daha önceden beri sigortacılık faaliyetlerinin ilkelerine ve tüketici hukukundaki gelişmelere uygun olarak korunmaktadır.

Tüketicinin Korunması Kanununun hükümleri incelendiğinde, tesbit edilen husus şudur:

Kanunun bazı maddelerinin sigorta tüketicilerine uygulanma imkanı yoktur. Bazı maddeler ise uygulanabilir, ancak aynı düzenleme sigortacılık kanununda yer almıştır ve özel hüküm olarak onun uygulanması gerekir.

Kanunun sigorta tüketicilerine uygulanması mümkün olan tek hükmü, Madde 6 da yer alan “Haksız Şart” düzenlemesidir. Maddenin 6 ve 7 inci fıkraları konusunda sigorta hukukunda(Sigortacılık K. m. 11 (1) (5); 6011 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1425) vardır.

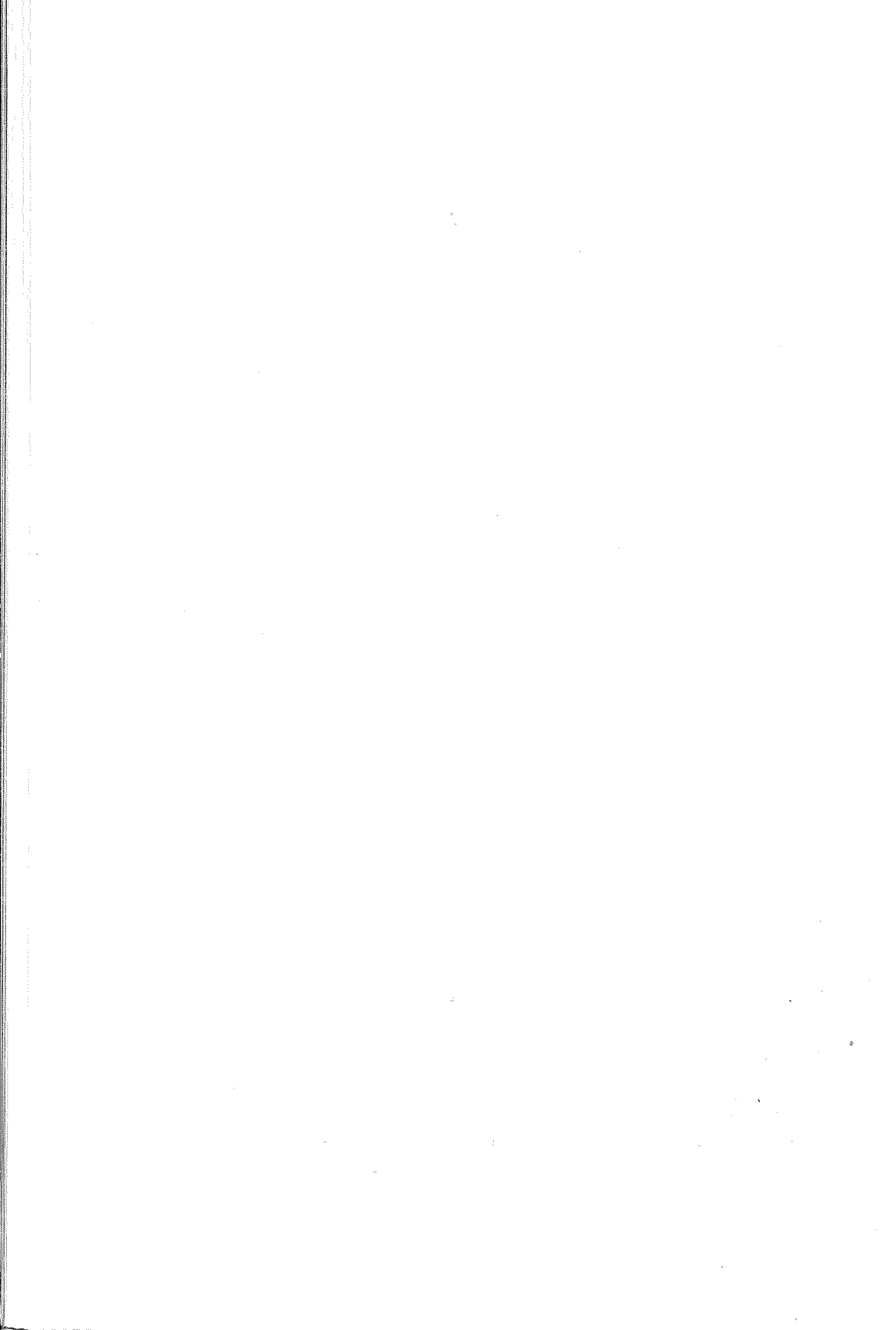
Sigorta sözleşmesinin ifasında çıkan anlaşmazlık için Tüketici Mahkemesi yetkili değildir.

Uygulamada, çok az rastlanan durum:

Sigorta hukukuna ait davanın açıldığı Tüketici mahkemesi, davayı yetkili Asliye Ticaret Mahkemesine göndermektedir.

KAYNAKÇA

- Atamer, Y, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004).
- Bruck, Möller, Kommentar zum Versicherungsrecht, 8.Auff. 1961 Berlin.
- Bruck-Möller, Vercisherungsvertragsgesetz, Grosskommentar.
- Kender,R , Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku 10. Baskı, İst. 2011.
- Kanun yapma tekniği ve mevzuat açısından Sigortacılık Faaliyetlerinin düzenlenmesi hakkında Kanun Taslağı Sempozyumu, 1991, İstanbul.
- Kender,R. Türk Hukukunda Devletin Sigorta Şirketlerinin Murakabesi,İst. 1968.
- Marcel Fontaine Droit des Assurances Deuxième édition 1996 Bruxelles.
- Maurer, A, Scweizeniches Privatversicherungsrecht, Bern, 1986, Ersten Band §§ 1-32, 9. Auflage, 2008 Berlin, Eingf.c ku.10.
- Möller, H, Versicherungsversagsrecht, Wiesbaden 1971 2.16.
- Özdamar,M, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009.
- Poroy, R, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları(Ord.Prof.Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1978).
- Prölls, Versicherungsaufsichtsgesetz, 12. Auflage, München, 2005.
- Sigorta Murakabe Kanununda Değişiklik Yapan 539 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değerlendirilmesi Sempozyumu-23Aralık 1994, Sigorta Hukuku Dergisi Yıl:1996 Sayı:1.
- Şenocak, Kemal Avrupa Birliği Sigorta Aracıları Direktifi(Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender' e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007).
- Tandoğan, H. Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün bu açıdan değerlendirilmesi, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, No.416 Konferanslar Dizisi:2, Ankara, 1977.
- Yazıcıoğlu, E, Sigorta aracaları Hukuku I, İstanbul, 2010.
- Yılmaz, İ, Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 2006, Ankara.
- Yvonne Lambert- Faivre, 'Droit des Assurances 12e éd, 2005, Paris.
- Zevkliler, A, -Aydoğdu, M, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2004, Ankara.



**YENİ HMK DÜZENLEMESİNİN KISMÎ DÂVA KONUSUNDA GETİRDİĞİ
KURAL**
(REGULATION OF THE NEW TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE CONCERNING
PARTIAL CLAIMS)

Prof. Dr. Bilge UMAR*

ÖZET

1086 sayılı yürürlükten kalkan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, kısmî davalara ilişkin açık bir hüküm içermemekteydi. Buna karşılık 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, davacılara kısmî dava açabilme imkânını açıkça tanımaktadır. Bu makalede, bu yeni kuralın ne şekilde uygulanacağı ana hatları ile inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kısmî dava, dava konusu, görev, Yargıtay, pilot dava, feragat, eda davası.

ABSTRACT

The old Turkish Code of Civil Procedure (Act No. 1086) included no express regulation concerning partial cases. Article 109 of the newly enacted Turkish Code of Civil Procedure, which entered into force in 01.10.2011 (Act No. 6100), allows claimants to file partial claims. In this essay the main function of the option of filing partial cases will be discussed.

Keywords: *Civil procedure law, the Code of Civil Procedure, the Code of Civil Procedure 2011, partial case, the subject matter of the dispute, subject matter jurisdiction, Turkish Court of Appeal, pilot/test case, disclaimer, action for performance.*

I. Giriş

Değerli arkadaşım Prof. Dr. Erhan Adal ile tanışıklığımızın geçmişi, benim 1958’de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Kürsüsü’nde asistan olarak görev alıp akademik mesleğe kapılanmamın geçmişi kadardır yâni 53 yıllıktır. O da aynı Fakültede, Medenî Hukuk kürsülerinden birine (başında Prof. Dr. Bülent Davran’ın olduğu kürsüye) kısa süre önce katılmıştı; meslekte ilk yetişme dönemimizi ya da yetişme dönemimizin ilk evresini (böyle diyorum çünkü akademik meslekte, yetişme döneminin sonu yoktur; hep okumak, araştırmak, bilgi birikiminizi yenilemek ve geliştirmek çabasıdasınızdır) o Fakültede geçirdik. Şimdi de Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Kolleg/Collège durumumuz, 9 yaşımı doldurdu.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanı, e-posta: bumar@yeditepe.edu.tr

Hem ona hem kendime, eğitimsel ve bilimsel üretimin süregideceği daha nice yıllar dileyerek, hemen, bilimsel üretimin bugünkü konusunu ele alıyorum.

2. İncelenecek sorunun ortaya konması

Eski HUMK'da, kısmî dâva konusunu düzenleyen herhangi bir madde yoktu; yalnız m. 4, sulh hukuk-asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayırımının ilke olarak dâva konusunun değerine göre belirlendiği ve kanunda m. 8'de gösterilen miktardan aşağı değerdeki dâvaların sulh hukuk, diğerlerinin asliye hukuk mahkemesinde görüleceği kuralını benimseyen o zamanki sistem içinde, dâva temeli hakkın yalnız bir bölümünün istem konusu yapılmış olması durumunda görevli mahkemenin neye göre belirleneceğini açıklıyordu; böyle yapmakla, kısmî dâvanın dinlenilirliğini de açıklamış oluyordu. Ama yasada kısmî dâvaya ilişkin başka kural yoktu.

Şimdi ise, 1 Ekim 2011'de yürürlüğe girmiş bulunan yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz, Dâva Çeşitleri başlığı altındaki bölümde, kısmî dâva'yı düzenleyen m. 109'da, üç fıkranın her birinde bir kural ifade ediyor. Bunlardan ilki yâni f. I'deki, "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dâva yoluyla ileri sürülebilir" demekle, kısmî dâva açılmasının câiz olduğunu artık açıkça söyler durumdadır. Sonuncusu yâni f. III'deki, Yargıtayımızın icad etmekte hiç de imsaklı davranmadığı çok haksız ve tümü kanunsuz feragat varsayımlarından birini, yasa tasarısını hazırlayan (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez başkanlığındaki) bilim komisyonunda görev yapan genç meslekdaşlarımızın ve sonra da onların verdiği çözümü benimseyen yasakoyucunun çok isabetli tutumuyla tarihe gömen bir kural getiriyor: "Dâva açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dâva açılmış olması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez". Oysa HUMK zamanında, Yargıtayın ısrarla uygulayarak yerleşik hâle getirdiği içtihadı tam tersine idi; kişi, şimdi istem konusu edindiği hak bölümünün geri kalanı için ayrıca dâva açmak hakkını (örneğin o bölüm üzerinde de hakkı bulunduğunu bilmediği için) açıkça saklı tutmamış idiyse, o ayrı bölümden feragat edilmiş bulunduğu varsayımını Yargıtay kendi kendine kabul ediyor ve o ayrı bölüm için açılan dâvanın bu nedenle reddi gerektiği içtihadında bulunuyordu. Oysa, öğretide belirtildiği üzere, hiç kimsenin herhangi bir hakkından feragat etmek istemeyeceği asıldır; onun sessizliğine bir feragat beyanı anlamı yüklenemez, hele hele cevap dilekçesinin süresinde verilmemiş olmasını bile dâvacının iddialarının doğruluğunu kabul değil tam tersine tümüyle inkâr sayan bir hukuk düzeninde!

Yeni HMK'ndaki, kısmî dâvaya ilişkin m. 109 f. II ise, getirdiği yeni kuralda, eski hukukumuzda bulunmayan bir kısıtlama ifade ediyor: "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dâva açılmaz". Şimdiki inceleme yazımızda bu fıkranın anlamı ve kapsamı üzerinde duracağız. Buna özellikle şu yönden gerek vardır ki, yeni yasanın tasarısını hazırlayan bilim kurulunun mensuplarından değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Muhammet Özekes, yasa yürürlüğe girdikten sonra, çok yakın zamanda Esas adlı hukuk dergisinde (No. 1, Ekim 2011, s. 6-9) yayımlanan "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ne getiriyor?" başlıklı makalesinde bu fıkrayı, yukarıda görülen lâfzına göre kısmen farklı bir kural getirdiği doğrultusunda yorumlamakta ve şöyle demektedir:

“Eğer alacak belirli ya da tarafça belirlenebilir ise, tarafın kısmî dâva açma imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bu çerçevede, özellikle iş hukuku gibi alanlarda pilot dâva, ön dâva gibi açılan dâvalar artık belirli ya da belirlenebilir alacaklar bakımından mümkün değildir, açılırsa dâva hukukî yarar yokluğundan redde mahkûmdur. Bu sebeple, dâvayı parçalara ayırarak açma dönemi kural olarak bitmiştir”.

Konunun, uygulama bakımından taşıdığı çok büyük önem, açıklama gerektirmez; o nedenle, değerli meslekdaşım Özekes’in verdiği, “redde mahkûmiyet” kararının isabet derecesini araştırmakta ve konuyu tartışmaya açmakta yarar vardır.

3. İnceleme konusu “redde mahkûmiyet” görüşünün, fıkra lâfzı bakımından destekleniyor olmadığı

Bütün hukukçuların bildiği veya -en azından- bilmesi gerektiği üzere, yasadaki bir kuralı ifade eden maddenin lâfzı, o kuralın nasıl anlaşılması gerektiği konusunda mutlak ve aşılma geçilmez belirleyici değildir; yasa, sözüyle ve özülle uygulanır; yasanın özü’nden kasıt, onun gütmüş olması gerekecek ve beklenecek amaçtır. Bu yönden, yasayı çıkaran TBMM’nde metni işlemiş Adalet Komisyonu üyelerinin yasa gerekçesinde neler yazmış, söylemiş oldukları, yasa kuralının hangi olay karşısında nasıl uygulanması gerektiğini düşünmüş oldukları dahi yasanın yorumu açısından kesin bağlayıcı değildir; ancak aydınlatıcı, bilgi vericidir. İsviçre MK m. 1 şerhlerinde ve konuya ilişkin monografilerde, makalelerde bu konu çok ayrıntılı olarak işlendiği için şimdi aynı konuda burada ayrıntılara girmemiz gerekmez. Ölçüt, en kısa ifadeyle şudur: Bugünkü toplumun gereksinmelerine ve beklentilerine göre orada hangi içerikte bir kuralın yer alması doğru olacak idiye kural işte o anlamda yorumlanacaktır.

En aydınlatıcı bir örnek eski HUMK m. 28 bent 2’de bulunabilir. O bent, yargıcın, **karısının** davasına bakmaktan yasaklanmış olduğunu söylüyor, “karısının veya kocasının” demiyordu; İsviçrenin Neuchâtel Kantonu’nun kaynak edindiğimiz yasında da durum tıpatıp böyleydi; çünkü Neuchâtel yasası 1925’de yürürlüğe konurken ve o yasadaki alıntı yöntemiyle bizim HUMK metni 1927’de hazırlanırken ne İsviçrede ne de Türkiye’de bir tek kadın yargıç vardı; yargıç karısının davasına bakmaktan yasaklanırken, yargıcın kadın olabileceği ve bu durum varsa kocasının dâvasına bakmaktan yasaklanmış bulunması gerektiği kimsenin aklına gelmemiştir. HUMK, bu haliyle, 1927’den 2011’e, 84 yıl uygulandı; kimsenin aklına, yasa kadın yargıcı kocasının davasına bakmaktan yasaklamıyor, öyleyse kadın yargıç o dâvaya bakabilir demek gelmedi; yasadaki “karısının” sözcüğü, metnin açıklığına rağmen, “karısının veya kocasının” diye yorumlandı ve öyle uygulandı.

Hal böyle olmakla birlikte, yeni HMK m. 109 f. II kuralının lâfzı dahi, isabet derecesini araştırdığımız “redde mahkûmdur” görüşünü destekliyor değildir. Yasa ne diyor? “Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dâva açılmaz”. Şimdi düşünelim: Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız olduğu ne zaman belli olur? Ancak dâva açıldıktan sonra, dâva içinde, dâvalının miktar yönünden ikrarı ile. Bunun, hatta dâva açılmasının öncesinde, miktarı dâvalı kabullenecek mi, belli değildir ki kısmî dâva açılmasına fıkramız engel olabilirsin.

Fıkradaki “veya açıkça belirli ise” ifadesine gelince; bu konuda, HMK Şerhi m. 109 açıklaması II 2’de söylediğimi tekrar edeceğim: Kuralın, “veya açıkça belli ise”

bölümü, uygulanamaz. Çünkü talep konusunun miktarı tartışmalı olduğu halde o miktarın ne olduğunun açıkça belli olduğu olsa olsa mahkemede hükme bağlanabilir, yoksa dâvacının veya dâvalının, hasım bunu inkâr ettiği halde, bellidir demesiyle olmaz; dâvada hükme bağlamak ise ancak dâva açmak mümkün idiyse olur. Oysa, örneğin 100 000 TL alacak iddiasıyla bunun şimdilik 10 000 TL'lik bölümünün dâvalıya ödenmesine hüküm verilmesi istemiyle açılan ilk dâvada alacağın bütününe gerçekten 100 000 TL olduğu usulünce isbat edilmiş ve bu konudaki tesbit 10 000 TL'nin ödenmesine ilişkin hükmün gerekçesinde yer almış olsa bile, o tesbit, bakiye 90 000 TL alacağın ödenmesi istemiyle açılacak ikinci dâvada kesin hüküm değeri taşımaz, yargıcı bağlamaz. Demek ki bu ikinci dâvada hüküm çıkmadan önce o dâvada öne sürülen alacağın gerçek miktarının ne kadar olduğunun "mahkemece saptanmış ve açıkça belli" olduğu söylenemez.

4. "Redde mahkûmiyet" görüşünün, fıkramızın lâfzında dayanak bulamadığını gördük. Şimdi asıl önemli araştırmaya geçelim: Bugünkü toplumun gereksinmelerine ve beklentilerine göre orada hangi içerikte bir kuralın yer alması doğru olur?

Alacak miktarında çekişme olmadığı dâva sırasında anlaşılırsa, dâvayı dâvacının yaptığı gibi kısmî dâva olarak açmakta korunmaya değer hukuksal yarar yoktur, dâvacı dâvayı alacağının bütününe eda hükmüne bağlanması istemiyle açabilirdi diyerek dâvanın bu sebeple redde mahkûm olduğu çözümünü benimsemeli mi? Pilot dâva, ön dâva açmak, istemi parçalara ayırarak dâva etmek devrinin bitmiş sayılmasında toplum yararı mı var diyelim?

Yasaklayıcı görüşü benimsemenin toplum bakımından gerçekleştireceği tek yarar, mahkemelerimizin üzerindeki inanılmaz iş yükünü "bir miktar" hafifletmek olacaktır. Ama, acaba binde kaç oranında? Bu konuda benim elimde güvenilir istatistik malzemesi yok; yâni hukuk mahkemelerinde açılan alacak dâvaları bütün içinde yüzde kaçtır ve onların içinde de yüzde kaç alacağı ikiye, üçe bölmekle taksitler hâlinde açılmıştır, dâvacılara bu olanak tanınmasaydı ve ancak tek dâva alacağın bütünü için açılabilseydi iş yükü ne oranda azalır, bilemem. Ancak, önemsenmeye değer bir yük azalması yararı sağlanacak olsa bile (ki bundan kuşku dayım); o fazlalık dâva kısmının adliyeye getirdiği yük sebebine öyle dâvaların açılmasına kapıyı kapatıvermek, devlet denmeye lâyük bir devlete asla yakışmaz diye düşünüyorum. Bu, "Orduya çok masraf gidiyor, üstelik gencecik insanlarımız askerlik sırasında şehit oluyor" diye orduyu kaldırmak türünden bir iştir; "Şu mektepler olmasaydı maarifi ne güzel idare ederdim!" mantığıdır.

Buna karşılık, kısmî dâva açılabilmesi olanağını kısıtlamalara bağlamamanın hak sahipleri için, dolayısıyla hakların korunması için, sağladığı büyük yararlar göz önündedir, inkâr götüremez. O arada:

1° Büyük rakama ulaşan bir alacak için tek dâva açmanın gerektireceği yüklü harç ödemesini karşılayabilecek durumda olmayan hak sahibi, öncü dâva ile alacağın küçük bir kısmını dâva etmek yolunu seçebilmelidir. Bu konuda çok aydınlatıcı bir örnek için benim HMK Şerhi kitabımda s. 1101-1104'deki olayı okuyunuz.

2° Elindeki kanıtların, alacak hakkını bütün kapsamıyla kanıtlamak bakımından mahkemece yeterli sayılıp sayılmayacağı bakımından duraksamada olan ve isteminin önemli bir kısmında haksız çıkarsa hasım tarafa yüklü vekâlet ücreti ödeyeceğini düşünen dâvacının da, bakiye alacak kısmını sonra dâva etmek üzere şimdilik bunun bir bölümünü istem konusu etmesinde korunmaya değer hukuksal yararı vardır. Bu kapı, kapatılmamalıdır.

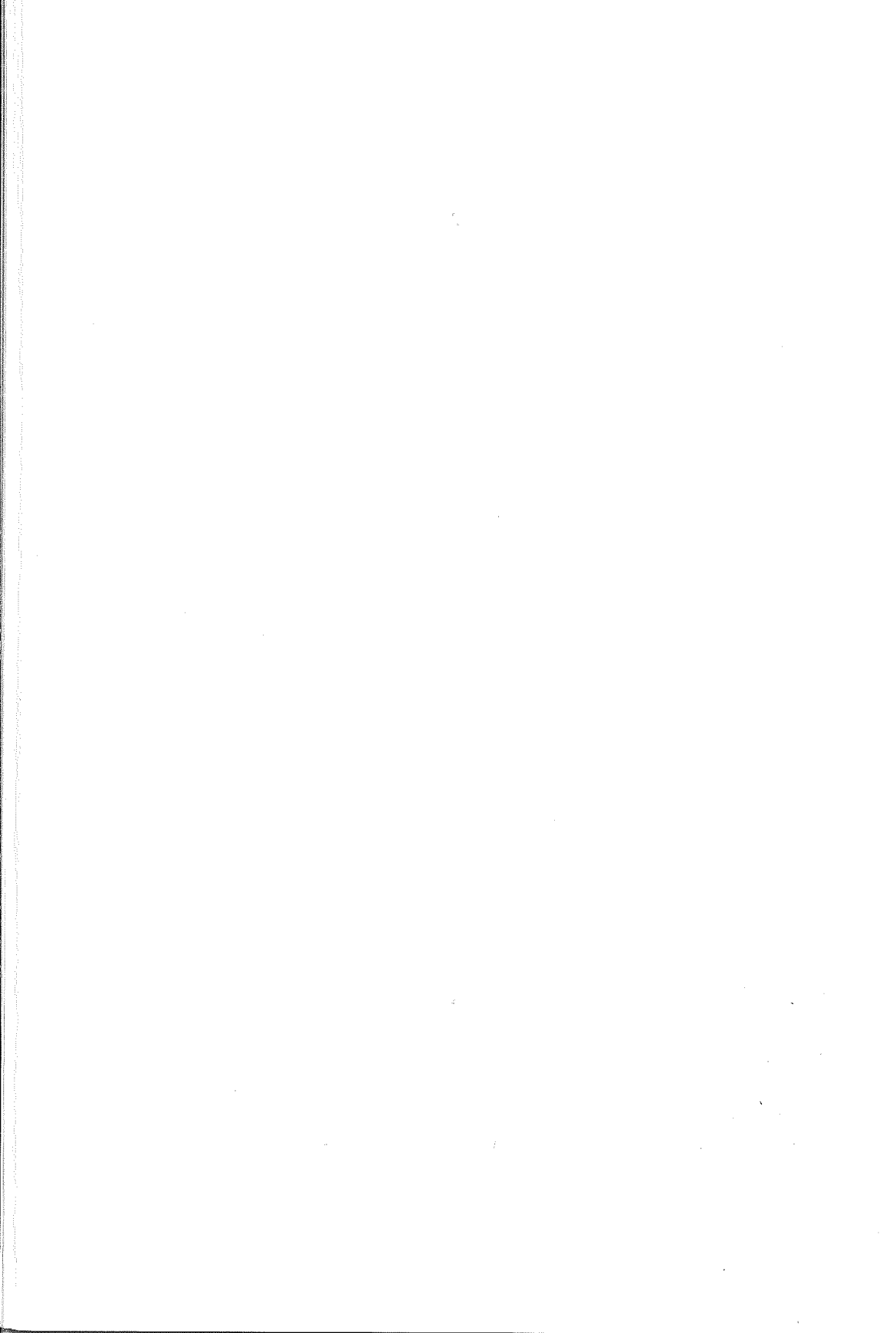
3° Alacak sahibi, şimdiki günde alacağının tüm kapsamını değil ancak bir bölümünü isbata yeterli delile sahip bulunuyor ve geri kalan kısmı isbata yarayacak delilleri elde etmek çabası yürütüyor olabilir; onu ancak tüm delilleri tamamladıktan sonra tek dâva açmaya mecbur saymanın, “mülkün temeli adalet” ile bağdaşır yanı olamaz.

5. Sonuç: “Redde mahkûmiyet” görüşü redde mahkûmdur.

KAYNAKÇA

ÖZEKES: Hukuk Muhakemeleri Kanunu ne getiriyor? (Esas Hukuk Dergisi No. 1, Ekim 2011, s. 6-9).

UMAR: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011.



OTTOMAN-GERMAN RELATIONS DURING THE SECOND CONSTITUTIONAL PERIOD

(İKİNCİ MEŞRUTİYET DÖNEMİNDE OSMANLI-ALMANYA İLİŞKİLERİ)

Prof. Dr. Feroz AHMAD*

ÖZET

Bu makale, 1908-1918 tarihleri arasında Osmanlı-Almanya ilişkileri incelemiştir. İstanbul'daki Alman varlığı 1908 anayasa yenileme dönemine kadar güçlüydü. Fakat, 1914 savaşının dönüm noktasına kadar Almanya, İngiltere ve Fransa parlamenter rejimleri karşısında gölgede kaldı. Almanya ile imzalanan ittifak anlaşması ile birlikte, 1918 yenilgisine kadar, bu ilişkide Almanya daha baskın bir rol oynuyordu.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı, Almanya, Kayser Wilhelm, İngiltere, Ordu, Balkan Savaşı, Liman von Sanders, Dünya Savaşı.

ABSTRACT

This paper discusses the relations between Germany and the Ottoman Empire from 1908 to 1918. The German position in Istanbul had been strong until the restoration of the constitution in 1908. But Germany was eclipsed by the parliamentary regimes of Britain and France until the outbreak of war in 1914. With the signing of the alliance with Germany, the relationship was dominated by Germany until defeat in 1918.

Keywords: Ottomans, Germany, Kaiser Wilhelm, England, army, Balkan War, Liman von Sanders, World War.

On the Ottoman Empire in Germany's imperial design George Lichtheim wrote:

"... the prime goal of German foreign policy during the Wilhelmenian era after 1890 was not Africa but Central Europe and the more distantly Turkey [i.e. the Ottoman Empire]. The African colonies were merely counters in a diplomatic game. Turkey, on the other hand, represented an enormous prize. The decrepit Ottoman empire straddled southeastern Europe and the Middle East with its growing oil reserves. Control of Turkey, in addition to Austria-Hungary, would give Germany the kind of territorial and economic base to which naval strategists like Tirpitz, and economic historians like Schmoller, looked forward when they envisaged the coming age of intercontinental ravalries. The handful of African colonies could be lost without altering the balance of power. The Ottoman Empire was another matter. If Germany got control of it, there was an end of Pan-Slav hopes of Russia acquiring Constantinople. But there

* Yeditepe University Faculty of Arts and Sciences, Dept. of History, e-mail: ahmad.feroz@gmail.com

was also an end to British control of the East. Thus Germany's bid for empire united Russia and Britain against her".¹

Just the Ottoman constitution was restored in July 1908, Kaiser Wilhelm bestowed the order of the Black Eagle upon Grand Vezier Avlonyalı Ferid Pasha. That was the symbol of the excellent relations between Berlin during the reign of Sultan Abdülhamid, relations that had been developing since the Kaiser dismissed Bismarck and Germany began to pursue an expansionist imperial policy. In 1898 the Kaiser visited the Ottoman Empire and in Damascus declared himself the protector of all Muslims. That marked the establishment of what might be described as a "special relationship" between Berlin and Istanbul.

This relationship suffered a setback soon after the constitution was restored and a parliamentary government established. The Young Turks – both Unionists and Liberals – looked to England, "the mother of parliaments" for inspirations and encouragement. For the moment Germany, seen as the patron of Hamidian autocracy, came to be viewed as the *bete noir* of the new regime. But that was only a temporary setback for Berlin.

It looked as though England had been the main beneficiary of the constitutional revolution; even the German ambassador in London thought so. But the Kaiser disagreed. In his marginal note to the dispatch from London the Kaiser contradicted his ambassador that England would benefit from the revolution because it was democratic. He wrote:

"The Revolution is not a product of the 'Young Turks' living in Paris and London, but was effected by army, exclusively by Turkish officers trained by German generals. It is a purely a military revolution! These officers have the power in their hands and are disposed towards everything German. Russia would not for very long tolerate the strengthening of Turkey through British aid. And it is precisely over this point that serious differences between Russian and Britain will arise in the future".²

The Kaiser was partly right and partly wrong. He was right about Russia; he could have also added England which also did not want to see a strong Ottoman Empire. But he was wrong about the revolution being "purely military" with power in the hands of officers" disposed towards everything German".

The revolution was had been carried out junior offices but under the guidance of the Committee of Union and Progress (CUP) whose ideology was essentially civil and the officers had respected that leadership. The Unionists were not pro-German, pro-English, or pro-French, they were pro-Ottoman. Their policy towards the Great Powers was pragmatic and guided by pure self-interest.

The British might well have capitalized on the situation but they failed to do so. London feared that a successful constitutional regime in Istanbul would have a detrimental effect in Egypt and India. At the same time, they did not want to seem to be

¹ George Lichtheim, 'Imperialism'. *Commentary*, 49/iv, April 1970, p.70; and Fritz Fischer, *Germany's Aims in the First World War*. New York, 1967 pp. 9ff., 31ff., 46 ff., and 98ff.

² Ernest Jackh *The Rising Crescent: Turkey, Yesterday, Today, and Tomorrow*. New York, 1944, 91. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

playing a dominant role in Istanbul lest they alienate their partners in the Triple Entente, namely Russia and France. Moreover, they were badly served by their new ambassador and his dragoman who adopted a condescending attitude towards the new regime.³

For the moment Germany simply waited for events to unfold and for the opportunity to seize the initiative. The situation seemed to be going against German interests when her ally, Austria-Hungary annexed the Ottoman provinces of Bosnia-Herzegovina in October 1908. But Ottoman-German relations were not damaged beyond repair. The German embassy under its energetic and forceful ambassador, Adolf Marschall von Biberstein (1897-1912), simply watched the British embassy make blunders in supporting the anti-constitution Grand Vezier, Kamil Pasha. While the German embassy supported the CUP and the Unionist press.

Relations with Germany improved after the British-backed counter-revolution of April 1909 failed and Berlin regained some of the ground she had lost. Mahmud Şevket Pasha and other generals who crushed the counter-revolution had been trained in Germany and therefore looked favourably on Istanbul's relations with Berlin. The CUP, dominated by civilians and junior officers, did not like this pro-German trend among the senior offices. For the moment they could do little but criticize Germany in the CUP's semi-official paper, *Tanin*. Mahmud Şevket and General von der Goltz were accused of trying to overthrow the CUP and replace it with a military dictatorship under German control. Such criticism irritated both the generals and the German embassy and *Tanin* was suppressed on 22 December.⁴

There was no military dictatorship under German control but Germany played a key role in the reform of the army that began to take place in 1910. With the military reorganization the army was issued with modern weapons supplied by the Krupp company. General von der Goltz was appointed Inspector-General of military reform, aided by a staff of twenty officers on loan from the German war ministry. A senior military council that was formed was presided over by War Minister Mahmud Şevket Pasha with Goltz Pasha as his deputy.⁵ That should not suggest that Berlin had become the dominant power; the Sublime Porte had established a policy that no single Power should become dominant in the Empire. Thus while Germany was given the army to reorganize, Great Britain the navy, Italy the gendarmerie, and France finance; only Russia was kept out.

England and France made a political blunder when they refused to allow the Ottoman loan of 1910 to be floated in either London or Paris. They wanted to impress upon Istanbul that unless the new regime towed their line, the Ottomans would find it hard to find money in either capital. Both countries wanted the Ottoman finance ministry to be subordinate to the Anglo-French Ottoman Bank. Their aim was to prevent the Porte subsidizing Germany's Baghdad railway. Mehmed Cavid Bey, the finance

³ Feroz Ahmad, *The Young Turks: The Committee of Union and Progress 1908-1914*. Oxford, 1969; G.R.Berridge, *Gerald Fitzmaurice (1865-1939), Chief Dragoman of the British Embassy in Turkey*, Leiden and Boston, 2007.

⁴ (*Tanin*, 11 AND 17 December 1909, and the German Embassy financed *Jeune Turc*, 12 December 1909. *Tanin* was suppressed on 22 December by the military government.

⁵ *The Times*, 3 March 1910.

minister, refused to make such a vital concession. The Unionist position was articulated in *Tanin* on 13 August 1910. The paper wrote:

“Turkey is weak and wants help from foreign powers. But it cannot repay their assistance with political favours and so now it is asked to give material advantages such as concessions. We say No! We will have nothing to do with such bargains, for they are injurious to Turkey’s dignity and independence. Young Turkey is going to live like a European state in a dignified and honourable manner.

“We have kept to this principle so far. Cavid Bey refused the conditions offered by the Financial Committee of the Ottoman Bank and raised the loan independently, taking on himself the responsibility.

“We follow the principle of granting concessions to those who will give us the most favourable conditions, irrespective of nationality ...

We must give a warning to those who see Turkey as weak and helpless and want to sell political assistance for economic advantages; they are making a big mistake – It is possible that Turkey today may not raise her voice against or resist such treatment, but Turkey will very soon have brought her armaments to such a pitch of perfection that not even the most pessimistic will regard her as ‘weak and helpless’...”

Negotiations in Paris and London continued until October 1910. Finally Cavid turned to Germany. In Berlin the bankers were most cooperative, they put together a consortium of German, Austrian, and Swiss banks that saved Cavid. Within a few weeks a contract for the loan was signed; the entire issue was secured on terms almost identical with those negotiated with the French syndicate but vetoed by the French government. Later Cavid Bey remembered how

“The Germans handled the business with great intelligence and tact. They brought up no points which were not related directly or indirectly to the loan, and they made no conditions which would have been inconsistent with the dignity of Turkey. This attitude met with great approval on the part of the Turkish Government, which was then in a very difficult position, the result was the greatest diplomatic victory in the history of the Ottoman Empire between the revolution of 1908 and the outbreak of the Great War”.⁶

Karl Helfferich, ‘economist, financier, economist’, arrived in Istanbul to open negotiations. They proceeded rapidly and by November 7 the loan was ready for signing. The terms were not quite so favourable as the French had offered, but there were no political demands. The Porte had to pay 240,000 liras more. As Cavid put it: the slight loss by the lower price of taking over was not to be compared with the maintenance of independence and dignity of Turkey. After the loan was signed Kaiser Wilhelm is said to have felt great satisfaction at this and congratulated Herr von Gwinner, the director of the Deutsche Bank.

Helfferich later characterized the French terms as “tantamount to the erection of a financial control ... [which] would have subjected Turkey to the fiat of Western

⁶ E.M. Earle, *Turkey, the Great Powers and the Bagdad Railway*, London, 1923; 225-6; Mahmud Mukhtar Pacha, *La Turquie, L’Allemagne et L’Europe depuis Le Traité de Berlin*, Paris, 1924, 106. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Powers in all economic matters".⁷ The Germans did not want that to happen and therefore decided to offer the loan to the Porte so as to "put some starch into the Turks" and thus to force the "Parisians" to offer the Turks 'supportable terms'.⁸

If the 1910 loan was a success for German policy, it was more of a success of Unionist policy designed to establish autonomy and an unwillingness to bow to European pressure, collective or unilateral.

One feature of the rivalry between the Triple Alliance (Germany, Austria and Italy) and the Triple Entente (England, France and Russia) was the rumour that from time to time the Porte was tilting towards one camp or the other. In July 1910 there was a talk of rapprochement between Istanbul and Berlin; the press reported that Grand Vezier İbrahim Hakkı Pasha was going to Marienbad to Meet Acranthal and Kideren-Wachter in order to discuss Ottoman-German relations.

Tanin, the unofficial voice of the CUP denied such rumours. But İsmail Hakkı Babanzade, the paper's expert on foreign policy suggested that the time had come for the Porte to cast its lot with one group or the other of the Great Powers. He said the Porte's immediate concern ought to make her alliance valuable to either camp by increasing her military strength. He was cynical about the Triple Alliance's support for Istanbul over Crete, claiming that it was an opportunity for Germany to attack England.

In 1910 the Ottoman regime was pro-Entente while Cavid was trying to negotiate the loan. However,

Jeune Turc, the pro-German and pro-Zionist paper spoke for the radical wing of the CUP which openly called for rapprochement with Germany arguing that England and Russia had opposed the Porte's attempts to attain its independence and freedom of action.⁹

Italy's invasion of Ottoman Libya in September 1911 again raised the question of Ottoman isolation. Germany was Italy's ally and the Porte expected Berlin to pressure its ally lest Istanbul join the Entente. On the day of the Italian ultimatum to the Porte, a prominent Unionist deputy and journalist who was considered to be pro-Entente asked why the Porte remained neutral:

"Was it in order to avoid being friendly with any of the Great Powers and sharing interests with them? No. It was lest our friendship for one be regarded as a hostile act by one or all of the others, that is to say, the spirit of Turkey foreign policy aimed at getting something positive rather than getting something negative and therefore consisted in being friendly with all the Powers. But the result has been the opposite.

He concluded that if Germany did nothing on behalf on Turkey, Turkey should switch her policy towards the Triple Entente.¹⁰

Mehmet Akif [Ersoy] made the same point even more strongly. He wrote in an Islamist journal: "... Germany's powerful and majestic rivals have at the same time

⁷ Weltkrieg, i, 136 quoted in John Williamson, *Karl Helfferich 1872-1924: Economist, Financier, Politician*. Princeton, New Jersey, 1971, 92.

⁸ Helfferich to Weitz, 12 October 1910, Weitz 'nachlass', in *Ibid*, 92.

⁹ *Jeune Turc* cited in *The Times* 29 July 1910.

¹⁰ Hüseyin Cahid, 'İttifak ve İttifaflar karşısında Türkiye', *Tanin*, 28 September 1911.

sided with us [in the war against Italy]. There is absolutely no doubt that if we are ruined the key to the East will pass more into the hands of her rivals rather than Germany's... Today, Germany is trying to sacrifice us to such a friend [namely Italy], would it not be most natural for us to throw ourselves into the laps of Germany's rivals? Our German friends may be certain that if the government of Germany wins over the persevering, loyal, and valiant Ottomans instead of treacherous and cowardly Italy, it will not have lost anything from the moral or material point of view; quite the contrary, it will gain a great deal. [It would mean] going directly to the East with the Ottomans, in order to save and to civilize it. [It would mean] making the East a region for the expansion of German commerce and industry ... Thus here is an attractive and major program for Ottoman and German government which understand each other!"¹¹

Totally isolated diplomatically, there was little the Porte could do but to organize resistance in Libya and make the war costly for Rome. Neither camp was about to intervene on the Porte's behalf though the Porte made every effort to win diplomatic support. On 16 January 1912 Austria's Ambassador's Pallavicini wrote a private letter to foreign minister Aehrenthal in which he stated that the Porte had offered Austria an alliance during the war with Italy. But Aehrenthal 'declined the most serious offers of alliance he ever received from the Turks ...; so long as the war with Italy lasted and the situation in Constantinople remained confused he believed a Turkish alliance was out of the question'.¹²

At this point Berlin was simply watching the turn of events. Russia, on the other hand, had become more active and aggressive towards the Porte. In March 1912 Ambassador Charycov, whose tour of duty had been marked by friendly relations with the Unionists was recalled and replaced by Giers. On the 13 March, Bulgaria and Serbia signed what was essentially an anti-Ottoman treaty.¹³

By the summer of 1912 the Empire seemed on the verge of collapse. The Porte was faced with an number of critical tasks:

1. To end the war with Italy;
2. Pacify the rebellion in Albania;
3. To deal with the sedition in the army in Macedonia;
4. Replenish the treasury; and
5. Take diplomatic measures against the Balkan states whose activities were beginning to cause anxiety.

War Minister Mahmud Şevket Pasha resigned on 7 July, hoping thereby to appease the rebellious army in Macedonia. But the rebels refused to be appeased and gave an ultimatum that forced the Said Pasha cabinet to resign. That marked the end of

¹¹ Imzasız, 'Osmanlı ve İslam Muhibbi Almanlara Açık Mektup' (Anon., 'Open Letter to the Germans, the friends of Ottomans and Islam), *Sirat-ı Mustakim* (n.d. vii/169. Mehmet Akıf, *Yön*, yıl 6/196, 30 Aralık 1966, p. 8.

¹² F.R. Bridge, 'The Habsburg Monarchy and the Ottoman Empire', in *The Great Powers and the End of the Ottoman Empire*, Marian Kent (ed.), London 1984, 41.

¹³ Harry N. Howard., *The Partition of Turkey: a diplomatic history 1913-1923*. New York 1966; first published by the University of Oklahoma Press in 1931, 22.

what remained of German influence in Istanbul.¹⁴ Liberal, pro-British cabinets came to power, first under Ahmed Muhtar and then Kamil Pasha. When war broke out in the Balkans in October few predicted the coming disaster for Istanbul. In Vienna and Berlin the war was seen as a means of weakening Slavic nationalism for possibly a generation. Both capitals were convinced (in Kiderlen's words) that the "the good old Turks [would] tan the hides of the Lower Danube sheep stealers."¹⁵ Bulow summed up the thinking in Vienna in a letter dated February 28, 1913:

"Just as, in 1866, Napoleon III based his tactics on the presumed superiority of the Austrians over Prussia, until it needed Sadowa to dispel the last of his illusions, so too, on the eve of this Balkan war, Austria founded her attitude on the quite erroneous hypothesis of an easy victory for the Turks ... The Turks were led to believe that nothing would be enough to alter the *status quo*. They were even egged on to fight, till their defeat showed all the error of these reckonings ..."¹⁶

This was not merely an error of political judgment; it was based on Von der Goltz's assessment of the military strength of the Ottoman army. "After manoeuvres which took place at Kırkilisse, on the very same ground where, a year later, the Bulgarians crushed the Turkish army, Von der Goltz, that eminent strategist, declared that had it been a real battle, the Osmanli would have won the greatest victory in their history". For Bulow, Goltz's 'miscalculation on the military strength of the Osmanli [was] proof that even the best specialists sometimes miss the wood for the trees'.¹⁷

The British also believed that the Ottomans would defeat the Balkan armies. On the anticipation of such an eventuality, in the House of Commons, Foreign Secretary Sir Edward Grey declared that: "Whatever the outcome might be of the hostilities, in no case would the Powers permit any alteration in the *status quo*".¹⁸

Despite prediction of Ottoman victories, Ottoman armies were defeated on virtually every front and forced to conclude an armistice on 3 December 1912 while the Bulgarian army was at Çatalca, the outskirts of the capital.

Ottoman defeats were also a setback for German arms. The guns of all the Balkan armies were largely belligerents were made by English and French companies, while Germany supplied arms to the Ottomans. Thus Ottoman defeats 'practically destroyed the splendid image which had been created [for Krupp artillery] at Sedan in 1871'.¹⁹ Blamed for the Ottoman disaster the Germans complained: "Each Turkish defeat takes on the character of a German *échec*, political as well as military. All our dear friends tell the Turks: 'That's what German friendship does for you. What use is German drill, German guns and ships?'" "The German reformers, none of whom had

¹⁴ Ahmad, *The Young Turks*, passim for the politics of the years 1908-1914.

¹⁵ Prince von Bülow, *Memoirs of Prince von Bülow, the World War and Germany's collapse 1909-1919*, vol. iii, Boston, 1932, p.127.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Hansard Parliamentary Debates, House of Commons, vol. LVI, 1913, p.2311 – Colonel Lamouche, *Quinze Ans D'Histoire Balkanique*, Paris 1928, 122.

¹⁹ On Krupp's reaction to Ottoman defeats see William Manchester, *The Arms of Krupp, 1587-1964*. Boston, 1964, 273.

gone with the field army, were removed from all military committees, and one of them was told by a high Turkish dignitary: 'From this we have Goltz to thank'.²⁰

France also saw the Balkan defeats as a German failure and a success for France since the Balkan armies used French arms. The French looked upon the Balkans as 'nothing but a dueling ground between the French and German art of war'.²¹

As Kamil Pasha negotiated peace terms with the Balkan state, the Unionist, fearing that he might surrender Edirne, began to prepare to carry out a coup. On 12 January 1913 the CUP sent an officer to see the German ambassador to find out Germany's attitude to the overthrow of Kamil and the seizure of power by the CUP.²² Wangenheim does not tell us what advice he gave to the officer but on 23 January 1913 the CUP seized power and formed a cabinet under General Şevket Pasha. Immediately after the coup the British ambassador noted that the German and Austrian colleagues had somewhat modified the official attitude of their Government as set forth in the collective note and adopted a more rigid line in 'compensation' negotiations with Bulgaria, a line more favourable to Istanbul.²³

When the political situation stabilized after the disaster of the Balkan wars, on 22 May 1913

the Porte applied to the German government officially to send a military mission to reorganize the defeated army; that turned out to be the Liman von Sanders mission and the agreement was signed on 17 October 1913.²⁴ Prince Bulow described Liman's appointments as a success for Unionist diplomacy for it broke the Porte's isolation as well as the common front the Great Powers had presented during and after the Balkan Wars.²⁵ The Porte signed the agreement for the military mission on 17 October and gave the German general virtually total power over the army.²⁶ In the beginning, the German mission had only 42 members. The number grew with the signing of the secret alliance in August 1914 and the outbreak of war to 71. Between 1914 and 1918 it rose to 15,000. Germany also had the two ships at its command and sent 100,000 wagons of material to fight the war and well as 3 billion gold marks.²⁷

²⁰ *Die grosse politik der europäischen kabinette, 1871-1914*, hereafter GP xxxiii, 12364 in Alfred Vagts, *Defense and Diplomacy - The Soldier and the Conduct of Foreign Relations*. King's Crown Press: New York, 1956. 195.

²¹ GP, xxxiv, 13500, Vagts, *Defense*. 195-6; Fischer, Germany's Aims, 31 noted that Turkey's defeats had an impact on Germany's reputation.

²² Baron von Wangenheim (Constantinople to German ;FO) Jan 12, 1913, *German Diplomatic Documents*, iv, 156 (xxxiv, 185).

²³ Lowther to Grey, no 69C, Constantinople, 28 January 1913, FO371/1788/4854.

²⁴ Yusuf Hikmet Bayur, *Türk İnkılabı Tarihi*, 2/iii, 1983, 282; 286-7; see Ulrich Trumppener, 'Liman von Sanders and the German-Ottoman Alliance', *Journal of Contemporary History*, i/3, 1966 and in Walter Laqueur and George L. Mosse (eds.), *1914: The Coming of the First World War*. Harper and Row: New York, 1966, 283-96].

²⁵ (*Memoirs of Prince von Bülow, the World War and Germany's collapse 1909-1919*, vol: iii, Boston, 1932, p. 145-7).

²⁶ Bayur, *Türk*, gives the terms of the agreement in 2/iii, 286-7.

²⁷ Carl Mühlmann, *Das Deutsch-Türkische Waffenbündnis im Weltkrieg*, Koehler Verlag: Leipzig, 1940, 13, cited in Yavuz Özgüldür, 'Yuzbasi Helmut von Moltke'den Musir Liman von Sanders'e Osmanlı YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

With the military mission in place, Berlin had virtually taken control of the Ottoman military administration and Field Marshal von der Goltz as vice-president of the High Military Council he was able to exercise influence on the War Minister in the matter of military appointments.²⁸ After the war Marshal Ahmed Izzet Pasha “remarked bitterly that if the command of the army was given to a German, the posts of Grand Vizier and foreign Minister could equally be entrusted to foreign hands...”²⁹

The Unionists were convinced that the Ottoman Empire would not be able to survive without support of a Great Power. With their failure to form an alliance with the Entente they were finally forced to turn to Berlin. As the Baghdad railway covered most of Anatolia, the Unionists believed that Germany would oppose partition of the Empire. But despite the alliance with Berlin the Unionists did not trust Germany. Gerhard von Mutius, the First Counsellor at the Istanbul Embassy wrote that “the Turks trusted Germany no more than any other Power” and should she intercede for the Zionists, they would react ‘with great suspicion’.³⁰

Istanbul tried to retain freedom of action even after signing the secret alliance with Berlin on 2 August 1914. However, the arrival of the two German ships – the *Goeben* and the *Breslau* – weakened Istanbul’s position further as the Admiral Souchon, the commander of two ships soon assumed command of the Ottoman navy.

More critical for Istanbul’s position was the fact that the Empire entered 1914 in a severe financial crisis. Talat applied to the Ottoman Bank for a loan of 100,000 liras to pay outstanding salaries. The new loan would pay a months salary leaving three months in arrear. The Porte had appealed for American loan but with no success.

On 5 February Richard Crawford, the British financial adviser to the Ottoman Ministry of Finances, wrote that “in any another country, the financial strain would have already reached breaking point. Turkey is struggling to avoid public bankruptcy by starving the administrators, but at any moment their endurance may be exhausted”.³¹

Despite the dire financial situation the Porte continued to function. But with Ottoman mobilization at the outbreak of war in August, Istanbul’s financial situation became worse. Berlin began to exploit Istanbul’s financial difficulties as a way to force the neutral government to become a belligerent. Berlin temporized just to keep the pressure up but gave no money with no money. On 12 October 1914 Ambassador Mahmud Muhtar Pasha sent a telegram from Berlin regarding the loan. The German government proposed that beginning in 1915, every year on 31 December, an advance of five million liras at 6 per cent would be made. 250,000 liras would be given after the signing of the agreement, 750,000 liras ten days after Turkey entered the war with either Russia or England, the rest in installments of 400,000 liras each month, thirty days after the declaration of war. When the war ends so would the payments. The *Deutschebank* in Istanbul would make the first payment; the method of making the

ordusunda Alman Askeri Heyetleri’, *OTAM*, 4, January 1993, 305. ‘Die Deutsche Militaermission in der Türkei’ in *Das Neue Deutschland*, Berlin, 25 October, 1914.

²⁸ Ward Rutherford, *The Russian Army in World War I*. London, 1975, 87.

²⁹ Cited in G.P. Gooch, *Recent revelations of European Diplomacy*, 4th ed., London 1940, 240].

³⁰ Isaiah Friedman, *Germany, Turkey, and Zionism 1897-1918*. Oxford, 1977 186.

³¹ FO 371/2114/6089; see also Mallet to Grey, no 82C, 9 February 1914, 2114/6858.

other payments would be decided later. The repayment of the capital and interest would be decided within twelve months after peace. "What beautiful bargaining! [noted Cavid] However, I had not anticipated a better deal from the Germans. Perhaps they see what dire straights we are in".³²

Once Istanbul became a belligerent, it became totally dependant on Germany for virtually all its needs. Berlin was in total command of strategy for waging war and all decisions were made by the High Command. It was now a relationship of unequals; but that could also be said for the relationship between Berlin and Vienna. Berlin's only fear was that Istanbul (and Vienna) might make a separate peace with the Entente. For that reason Berlin treated both powers with caution.

Both sides – the Triple Alliance and the Triple Entente – understood that the world war would be won or lost in Europe. Campaigns in other theatres, the Middle East for example, were side-shows that distracted the Entente from concentrating all its forces in Europe. As far as Germany was concerned, Istanbul was given the task of tying down Entente forces in India and the Middle East by declaring jihad or holy war. The British were forced to keep tens of thousands of troops in India and Egypt to prevent rebellions that did not take place.

Istanbul's greatest contribution to the Allied war effort was to prevent the Entente breakthrough at Gallipoli or Çanakkale. As a result the war is said to have been extended by two years; more importantly, the Porte's success Russia isolated from its allies, and led to revolution in 1917 that took Russia out of the war.

The Entente's abandonment of the Gallipoli campaign in December 1915 marked a change in the Ottoman-German relationship. The Porte became more confident and more assertive. On 11 January Görlitz confided to his diary that "Turkey is already enquiring about our war aims ..."³³ By February the Porte ordered that commercial enterprises would be required to use Turkish. The Germans complained about the new order but to no avail.³⁴

But among "the leading figures of the Germany colony in Constantinople, there was a marked pessimism with regard to the future of hitherto good relations between Turkey and the German Empire. Everyone is complaining that a nationalism is making itself felt among the Turks which, they say, is based on the misconception that Turkey can be self sufficient and, after the war, this nationalism will be directed just as much against Germany as against other countries. The first indication of this nascent nationalism was the prohibition of foreign signs in the streets of Constantinople and probably in other cities, too. The German colony has, however, put itself in an awkward position by protesting against this rule, since it was directed primarily against the French language, which until then had been a kind of official language".

When Enver Pasha was asked about this, he replied that "no people was less inclined to chauvinism than the Turks. Even today in war times the English and the

³² Mehmet Cavit, 'Meşrutiyet devrine ait Cavit Beyin Hatıraları' *Tanin*, 12 and 15-16 November 1944; hereafter Cavit, 'Hatıralar'.

³³ Walter Görlitz, *The Kaiser and His Court: The Diaries Note Books and Letters of Admiral Georg Alexander Von Muller Chief of the Naval Cabinet 1914-1918*, New York 1964, 126).

³⁴ Cavit, 'Hatıralar' *Tanin*, 12 and 13 Feb. 1945.

French lived in Constantinople without being harmed in any way by the population ...”

The report then quotes Enver directly: “I wage the war in accordance with the instructions from the German General Staff, I have requested German advisors for all the ministries. This clearly shows my conviction and is ultimately more important than my decision concerning the use of the Turkish language”.³⁵ Whatever Enver Pasha might have said, there was some tension in the Ottoman-German relationship. That is why Field-Marshal von Mackensen arrived in Istanbul on March 5 as the Kaiser’s personal representative and carried with him the marshal’s baton to be presented to the Sultan. His aim was to restore confidence in the Ottoman-German alliance undermined during the Count Wolff-Metternich embassy. He stressed the importance of Ottoman victories and Germany’s need of them.³⁶ Between 24 and 27 April a Reichstag delegation visited Istanbul in order to promote Ottoman-German friendship.³⁷ On 20 May an Ottoman parliamentary delegation left for Berlin; again the purpose was to strengthen relations.³⁸

Germany, confident of winning the war in 1916 or 1917, was thinking about its post-war prospects in the Ottoman Empire. Albert Ballin, a German industrial tycoon, found “Asia Minor an inviting possibility; the Ottoman Empire could no longer justify its existence as a independent state, and the area offered the German people excellent opportunities for colonization”.³⁹ Dr. Kürt Zander, an expert on economic matters, gave an estimate of Ottoman economic resources. He discouraged exaggerated expectations from Turkey pointing out that only about three eighths of cultivable soil was in use and if irrigation were introduced progress would require time and money. The density of population was 11.5 per sq. km. – in Germany it was 120. But the Turks would not permit German farmers to settle on the land. However Turkey could be a good market for German industry.⁴⁰ Even Ludendorff asked Liman von Sanders to “... instruct your attached officers, etc. to report on their economic observations in individual areas, on the development potential of these areas [in Anatolia] and the prerequisites for the progress to be achieved”.⁴¹

³⁵ 14 March 1916, Gustav Stresemann to Zimmermann in Berlin in Regine Erichsen, ‘Scoundrels or Gentlemen? The Image of the Turk and the German Cultural Mission in Turkey during World War 1’, in *The Image of the Turk in Europe from the Declaration of the Republic in 1923 to the 1990s*, Nedret Kuran Burcoglu (ed.), Istanbul, 2000, 135.

³⁶ Frank Weber, *Eagles on the Crescent – Germany, Austria, and the Diplomacy of the Turkish Alliance, 1914-1918*. Ithaca and London, 1970. 190-91.

³⁷ *Tanin*, 24-28 April 1916.

³⁸ See ‘Türkiye-Almanya’, *İkdam*, 22 May 1916; ‘Osmanlı Mebusan Heyeti Berlin’de’ *İkdam*, 26 May 1916; ‘Berlin’de Osmanlı Mebuslar’, *Tanin*, 27 May; ‘Almanya’da Mebuslarımız’, *Tanin* 12 June 1916.

³⁹ Lamar Cecil, *Albert Ballin, Business and Politics in Imperial Germany, 1888-1918*. Princeton 1967, 268-9.

⁴⁰ *Schasâbischer Merkur*, 2 May 1916 in War Office, *Daily Review of the Foreign Press*, 12 May 1916, here after War office. *DRFP*.

⁴¹ Quoted in Regine Erichsen (note 35) 123-4 from Jehuda L. Wallach, *Anatomie einer Militärhilfe. Die preussisch-deutschen Militärmissionen in der Türkei 1835-1919*. Dusseldorf 1979, 219.

By 1917 Istanbul was more dependant on Germany than ever. Finance Minister Cavid Bey was constantly in Germany seeking more money. The Empire was exhausted by the financial burden of the war and could carry on only with the help of German loans; "... by 1917 she had borrowed no less than 3,000 million marks ..."⁴² Such was Istanbul dependence on Berlin that German pressure forced the Porte to sever diplomatic relations with Washington in April 1917; America, however, did not declare war on the Ottoman Empire because of her schools and foundations.⁴³

Berlin appeased Istanbul with promises of future gains just to prevent the Porte making separate peace while Germany focused on winning the war. Thus Kaiser Wilhelm's visit to Istanbul in October 1917 was designed to that end. The press was enthusiastic about the royal visit and ran article on the relationship with Germany. Virtually all these article used the occasion to stress Germany's debt to Turkey and her obligation to help recover Iraq at the negotiating table. Since the Allies had pledged to defend each other's interest, Turkey had to come out of the war with her territorial integrity intact and her future independence guaranteed. The Aegean Islands had to be restored from Italian occupation and Egypt had to be liberated from the British. Such were Ottoman unofficial war aims as propounded by the capitals press and supported by Berlin.

After the Kaiser's visit to the Dardanelles, the press again stressed the role Ottoman arms had played in that campaign. It was the prowess of the Ottoman army that defeated the Entente at Gallipoli, that had forced Bulgaria to join the Allies and prevented Rumania and Greece from taking action. Turkey also contributed to the occupation of Serbia.⁴⁴

Tanin (16 October 1917), the day after the Kaiser's arrival, was one of the most enthusiastic papers on the subject of the visit. "The alliance between Turkey and Germany had become a necessity when certain states (an allusion to Britain) had vowed to dominate the world. Thus Turkey in defending the Straits had also been defending the rights of Germany. With sword in hand the Germans will hold the Rhine and the Turks the Straits until the enemy understands that these two nations will defend their honour and their independence until the end".

On the same day *Tasvir-i Efkâr*, while concurring with the views expressed by *Tanin* and the Unionist establishment, expressed anxiety lest Germany forget the debt she owed Istanbul. Turkey had served the alliance faithfully at Gallipoli, should not Germany serve Turkey faithfully in Iraq? *Tasvir* regarded that as a natural part of Germany's war aim! "Would Antwerp be restored to Belgium unless Iraq were restored to the Turks?" Readers were again reminded of the service rendered to the

⁴² (Fischer, *German Aims*, 584; *Tasvir-i Efkâr*, Monday 22 October 1917 gave a list of German loans to Istanbul: the first was 4,491,800, 000 Marks; the second 9,106,500,000; the third -12,160,000,000; the fourth 10,712,000,000; the fifth 10,572,000,000; the sixth 12,770,000,000; and the seventh 12,432,000,000. The total came to 72,324,300,000 marks.

⁴³ Ahmed Nesimi to Elkus, 20 April 1917' enclosure of Note Verbale in Department of State, Foreign Relations of the United States 1917, sup. i, 603-4; hereafter FRUS].

⁴⁴ See 'Umumi Harb'de Çanakkale', *Tasvir-i Efkâr*, 17 and 18 October 1917; and 'Kayser Çanakkale'de', *ibid.*, 19 October 1917).

Quadruple alliance by Turkey and noted that each state was pledged to defend the interests of her allies. The readers were assured that Istanbul would emerge from the war with its territories intact and independence assured. "Her islands would be restored to her, Egypt would be freed from the English yoke".

The press again emphasized that it was Turkey's success at Gallipoli that brought Bulgaria into the Quadruple Alliance. As a result Serbia was occupied, opening the road between Berlin and Istanbul. The enemy never attempted a second expedition to the Straits; Turkey had shown that it had the right to live and the question of the Straits was no longer on the agenda.

The Ottoman-German Treaty of Mutual Alliance was signed on 17 October during the Kaiser's visit. The next day the Ottoman-German Military Convention was also signed, replacing the earlier contract of the Liman von Sanders military mission. There was now, in theory, to be complete equality between Turkish and German officers and Turkish officers would be sent to Germany for instruction, and Turkish divisions would be organised on the German model so as to be interchangeable.⁴⁵

Johann Bernstorff, Berlin's ambassador at the Porte, observed that during the Kaiser's visit all political questions were thoroughly discussed. The Ottoman Government wanted to use the favourable opportunity to secure an extension in their favour of the Turkish-German treaties of alliance. "These treaties already represented a partnership (*societas leonine*) to our disadvantage, but the Imperial Government was anxious at all costs to prevent the defection of Turkey in order to maintain from considerations of prestige, the quadruple alliance intact until the conclusion of peace. Hence the inclination on the German side to accede to all Turkish demands ..." The Germans knew that the Porte would give up many demands during peace negotiations and Secretary of State Richard von Kuhlman – the principal German negotiator – was 'firmly convinced that Turkey would prove amenable on all questions, provided she could secure a general recognition of the abolition of the capitulations'.⁴⁶

Emil Ludwig, a journalist who witnessed the Kaiser's visit, commented on the relationship: "in an official sense it may be possible to speak of a good understanding politically between Turks and Germans in Constantinople, but this understanding is subject to fluctuations, and at present appears to be of only a moderate character. However, there is no need to believe the pessimists in Berlin who say that the Turks are grumbling because they imagine the war is continued for the sake of Alsace-Lorraine. People who talk in this fashion are in a minority, especially in Constantinople; reserve and distrust keep most people from saying anything. Those in power staunchly adhere to the Alliance, because through it they calculate defiantly on reconquering their lost provinces with the assistance of the Ally [Germany] who guaranteed the integrity of their Empire."⁴⁷

Whatever concessions Germany made were made on paper with virtually no intention of implementing them at the peace table. Meanwhile, she had firm control of

⁴⁵ Friedman, Germany, 332-3; G. Jaschke, 'Urkunden: Deutsch-Türkische Militärkonvention von 18 Oktober 1917', *Welt des Islams*, n. 3-4, 1966.

⁴⁶ Bernstorff, *Memoirs*, 185-6.

⁴⁷ *Vossische Zeitung*, 24 November 1917 in War Office, *DRFP*, 28 November 1917.

her ally. Frederick Wirth, an American diplomat who had lived in Istanbul until relations were severed, wrote that the Unionists were convinced that the future of their Empire depended “wholly on the success of German arms ... [and] the Turkish army is under the control of German and Austrian officers”. Moreover, the Ottoman debt was estimated on 15 November 1917 to be 300,000,000 liras or \$1,320,000,000.⁴⁸ To strengthen German hold on the army, General Hans von Seeckt was appointed Chief of Staff [*kurmay baskanı*] of Ottoman forces and remained so until 5 November 1918. This period marked the open German control of the Ottoman army.⁴⁹

The Bolshevik seizure of power on 7 November 1917 led to negotiations for a separate peace between Russia and the Quadruple Alliance. The peace conference opened officially at Brest-Litovsk on 3 December 1917 and the treaty was signed 3 March 1918. During these months Germany strengthened her position in the Empire through financial negotiations. Finance Minister Mehmed Cavid was in Berlin from 20 December 1917 to 8 February 1918 engaged in these negotiations. As advice to Richard von Kuhlmann Ambassador Bernstorff wrote: “If Djavid [Cavid] Bey is ready to make us economic concessions, there is no reason to get rid of him ... For the moment we are now the stronger party here, and will remain so until the conclusion of peace. What will happen then will naturally depend on the nature of the peace. On that account we ought now to pin down Djavid Bey to such definitive undertakings as will secure us as far as possible against the outcome.”⁵⁰

During the negotiations at Brest-Litovsk there was a clash of Ottoman-German interests. On this issue Count Ottokar Czernin, the Austro-Hungarian foreign minister wrote: “... there were further difficulties with the Turks. They declared that they must insist on one thing, to wit, that the Russian troops should be withdrawn from the Caucasus immediately on the conclusion of peace, a proposal to which the Germans would not agree, as this would obviously mean that they were to evacuate Poland, Courland, and Lithuania at the same time, to which the Germans would never consent. After a hard struggle [with the Turks] and repeated efforts, we at last succeeded in persuading the Turks to give up their demand ...”⁵¹

During the negotiations at Brest-Litovsk Cavid was in Berlin begging for more money. From Istanbul Ambassador Bernstorff advised Berlin “that economic concessions must be wrung from Turkey before peace was concluded and while Germany was in a strong position. He described Cavid as a ‘wily fox’, who, “as far as economic affairs are concerned, has the Turkish government in his pocket, at least as long as the discussions with him continue.

“I cannot sufficiently impress upon you that this is our last opportunity to secure our economic future here ... The present cabinet, which is well disposed to us, will collapse under the charge of corruption, and the next will look to the West for salvation ... [The] Turco-German economic future ... cannot be [settled] without conces-

⁴⁸ Fredrick Wirth Jr. to Secretary of State, Berne, 5 December 1917, 867.00/809.

⁴⁹ Akdes Nimet Kurat, *Birinci Dünya Savaşı Sırasında Türkiye’de Bulunan Alman Generallerinin Raporları*, Ankara, 1966, 10.

⁵⁰ Bernstorff, *Memoirs*, 188-89.

⁵¹ Count Ottokar Czernin, *In the World War*, London, 1919, 223.

sions in the matter of advances. There must be no expectation that Turkey will ever pay the debt ... If we show ourselves accommodating to Turkey, we shall back up the existing Cabinet ... and get all the economic advantages that are to be had in this country”⁵².

Bernstorff, and the government in Berlin,, had come to see the Ottoman Empire as Germany’s Egypt. He wrote that Cromer’s “example was constantly before my mind, and my idea was to transform Turkey into a German Egypt. The conditions for this were a negotiated peace, and a subsequent period of quiet work inspired by affection for the Turkish people”⁵³.

Arthur von Gwinner, the director of the *Deutsche Bank*, was concerned about the Baghdad railway and wrote to Bernstorff to take some action to protect German interests. “His indignation with the Turkish Government was such that he proposed that in the last resort the claim of the Baghdad railway should be collected by military force”.

Bernstorff cautioned that this was the wrong time for threats. He gave three reasons; firstly the Turks knew that Berlin needed them for ‘a life and death struggle with England’, especially in Arabia; secondly Enver’s position is so weakened that he is now supported only by us and by the Grand Vezir [Talat Pasha] on our account. His effective influence is almost gone; and thirdly ‘People are sick of militarism here’. He therefore advised that Germany ought to adopt economics means to further her influence in the Ottoman Empire. He concluded: “I understand your mistrust of Djavid Bey. However, in view of the altered situation, he is ready to join us in a general understanding.”

On 5 January 1918, he again advised Gwinner in Berlin:

“... From the very outset, my view was that we should categorically refuse all Djavid’s demands until he pledges himself in writing to fulfill our own. Our political position in regard to Turkey is so strong that we can adopt this standpoint without misgiving. It was not done, and we achieved nothing ...

“Something may yet be saved if it is decided in Berlin not to allow Djavid Bey to return there [Berlin] in March, and he is told that negotiations must take place here [Istanbul]”.

In another letter to Gwinner (dated 18 Feb. 1918), Bernstorff made it clear that he did not believe in the soft line vis-a-vis Turkey:

“... We should help the Turks in every direction, but demand in return that the country shall be entirely under our economic control. This programme is the only one that meets the interests of both countries as Turkey can never mend her fortunes on her own account. And it can be carried out, as Turkey is now wholly dependent on us, and can neither help nor harm us. In this programme the affairs of the Baghdad railway must of course be comprehensively dealt with and settled”⁵⁴.

⁵² Bernstorff, *Memoirs*, 190.

⁵³ Bernstorff, *Memoirs*, 188; for Cavid’s negotiations in Berlin see Cavit, ‘haturalar’ *Tanin*, 15-30 June 1945.

⁵⁴ Bernstorff, *Memoirs*, 194-5.

In the letter of 23 March 1918, he elaborated his point again. Before the Russian collapse, German policy in Turkey “was wholly based on the consideration that we could pay almost any price for the closure of the Dardanelles”. Now peace with Russia has made this policy unnecessary. Turkey became a “political, financial, economic, and moral burden, and the Porte needed Germany to recover her Arab provinces; therefore a separate peace was out of the question.

According to Bernstorff’s analysis, the economic situation in the world was against Germany and therefore Turkey was more necessary than ever for Germany’s future. “I therefore take the view that we should treat with Djavid just as we did with the Bolsheviks. I would tell him that we were ready to regard the money we had given to the Turks as a subvention for the defence of the Dardanelles on condition that the Turks on their part brought in the liquidation law, handed over to us all the raw materials they possess, and met our other demands. They must ally themselves to us to the same extent economically as they have done politically. If they refuse, we will neither forgive them their debts nor advance them any further loans. “I believe that the refusal of money will be just as effective as the guns of the Goeben.”⁵⁵

In a letter dated 26 February 1918, Bernstorff outlined a scheme for the restoration of the Ottoman Empire after the war to Lindenberg, a German industrialist.

“As a result of eight years of uninterrupted war, the country is sucked dry and half depopulated. It must be reconstituted afresh like a colony. With the exception of petroleum and coal, there are hardly any raw materials here that are in a condition to be used. The lack of transport is especially serious. A beginning would have to be made with the restoration of agriculture and the construction of railways ...”

Bernstorff admitted that Germany would not be “drawing large profits within a few weeks”... But nevertheless our industry would have a profitable field of activity in compensation for its very restricted opportunities abroad after the war”.⁵⁶

Ottoman public opinion, as represented by Istanbul’s press, was frustrated by the failure to make peace with the Bolsheviks and blamed the Germans for the failure. During the lunch with Ambassador Bernstorff, Foreign Minister Ahmed Nesimi complained that peace with Russia was possible but for German demands. He felt that Trotsky would not agree to the dismemberment of Russia and would not respond to the German ultimatum because it required the recognition of an independent Ukraine by the Bolsheviks. The “Turkish peace negotiators are here suggesting that it is the fault of our military party that peace with Russia did not eventuate”.⁵⁷ Finally the peace treaty with the Bolsheviks was signed in March 1918. “Germany, in her quest for power, did not hesitate to disregard her Turkish ally’s plans for the annexation of Transcaucasia”; she greeted the peace of Brest-Litovsk with enthusiastic expressions of confidence in victory.⁵⁸

⁵⁵ Ibid, 195-6.

⁵⁶ Ibid, 202-3.

⁵⁷ Bernstorff to Bussche, under-secretary of state at the foreign ministry, 23 February 1918, *ibid*, 226-7

⁵⁸ Fritz Fischer, *World Power or Decline*, New York, 1974, 54 and 90.

At Brest-Litovsk the Porte regained the provinces lost during the 1877-78 war with Russia but little else. Pan-Turkists like Ahmed Ağaoğlu had wanted much more from the treaty. They had aspirations for Ottoman influence in the Caucasus and viewed the pan-German movement with alarm because it was willing to neglect Ottoman interests on behalf of its own ambitions.⁵⁹

Commenting on the Unionists policy towards the Caucasus, Bernstorff wrote to Bussche "... I really cannot blame the Turks for taking what they can get. Their Caucasian policy was supported by the Supreme Head Quarters at the outset [of war], and now the latter suddenly holds the Turks of being responsible for everything. It is naturally much more difficult for the Turks to withdraw now than it would have been had they not made an advance to begin with ... If the [German] military go on making promises, and then deny that they ever made them, it is not easy to formulate a policy here ..."⁶⁰ Later, on 13 July 1918, Bernstorff wrote: "Our sudden change of front on the Caucasian question has involved us in much trouble here, especially as we already had the Bulgarian question heavily on our hands. Being allied to the Turks, it is not easy for us to tell them that we consider them politically inferior and unworthy of any acquisition of territory"⁶¹

The frustration of the Unionists was reflected in the press. An article in *Ati* on 12 May 1918 complained that Turkey alone had been given no share of the general booty though she had fought bravely and suffered as much, if not more, than any other of the Central Powers. Bulgaria had gained a great deal. *Ati* added:

"The Crimean fleet should belong to Turkey by right. Germany has had her spoils of the war on the Western front, Bulgaria hers in Romania. Germany's spoils in the East as well as in the West have been immense, and the same applies to Austria-Hungary, whilst for Bulgaria her gains have been greater still in proportion to her size. As for us, we gave proof of great bravery at the Dardanelles, and in doing so, lost a great part of our commercial fleet. We have also lost the ironclad *Barbarosa Hayreddin*, the *Mecidiye*, the *Midilli*, and other smaller craft. In the circumstances, the Black Sea fleet should belong to us. It is simply impossible to imagine another Power having a better claim to it than we do".

The press argued that "so long as the Black Sea fleet question is not solved to Turkey's satisfaction, the Turks cannot consider their capital secure" (or "public opinion is unanimous in claiming possession of the Russian ships in the Black Sea..."⁶²) The Unionists believed that the Russian fleet at Odessa and Sevastapol ought to be handed over to the Porte. This policy was entirely dominated by a desire to have the upper hand in the Black Sea.

After Brest-Litovsk the Unionists hoped that a German victory on the Western front would force the Entente to make peace on German terms. The Germans began their final offensive in the West on 21 March 1918; thereafter, the Istanbul press was preoccupied with the offensive on the Western front. But the Porte continued to ex-

⁵⁹ See his article on the negotiations in *Hilal*, 6 January 1918; *Hilal* was the French-language counterpart of *Tanin*.

⁶⁰ Bernstorff, *Memoirs*, 228-9; letter dated 15 March.

⁶¹ *Ibid*, 233.

⁶² *Sabah*, 17 May 1918 first quotation; *Hilal*, 17 May 1918, second quotation.

press its expectation of obtaining the Russia Black Sea Fleet as well as a free hand in the Caucasus. But the threat of making a separate peace was no longer taken seriously. When Kuhlmann wrote to Bernstorff regarding such a possibility, Bernstorff discounted it. He regarded it as blackmail used by leading men like Talat, Enver, and Halil, who assure "us that they are the true pillars of the alliance, and that we ought to secure them political advantages and help them to justify their policy of alliance and maintain their position. There is some truth in the deduction that ... [they] are too deeply compromised with us to inspire any confidence in the enemy".⁶³ In July 1918 the press discussed, Gustav Stresemann's speech in the Reichstag in which he had called for the resumption of economic relations with Russia; he even suggested that 'friendly pressure' be put on Istanbul which had gone beyond the limits of Brest-Litovsk in her dealings with the Caucasus.

Tanin was indignant and pointed out the government with which Turkey had concluded the treaty [i.e. Russia] no longer existed in the Caucasus. Thus Turkey was forced to act when no responsible government existed to guarantee the security of the borders. Otherwise the Porte would have remained faithful to the spirit and the letter of treaty ...

Commenting on the term friendly 'pressure', *Tanin* said: "Turkey has suffered many wrongs from the word 'pressure' and since it entered the war to change this situation, this term, even though accompanied by the word 'friendly', had made a dreadful impression on all of us. We are sure that when the honourable speaker used it he had not examined the real nature of Turkish activity in the Caucasus, nor was he aware of the reaction this word would arouse in Turkey.

"... We hope that this brief explanation will suffice to clarify the situation ... and there will be no repetition in the Reichstag of such expressions as 'friendly pressure'"⁶⁴

The German offensive in the west was foiled by Entente forces and on 18 July the French under General Foch launched a counter-offensive. On 30 July *Osmanische Lloyd* published the first admission of German retreat on the Western front; the Ottomans learned that the German offensive had stalled.

Press censorship had virtually ended Ahmed Emin [Yalman] wrote to write two frank articles on Ottoman-German relations. In the first he gave a more realistic appraisal of relations with Germany than one found in most Istanbul paper. The press, he observed, had often been flattered by the praise Turkey was receiving in German papers. But Ahmed Emin noted the difference that had taken place in German public opinion with regard to his country and countrymen. Two or three years earlier (1915-16) there had been both sympathy and confidence in Turkey. This was due to the Ottoman role at Gallipoli and its loyalty to the alliance. But this was no longer so.

The change had been brought about by the fact that public interest had been sacrificed to private interests. The implications were clear. German private interests were concerned only with making the best of these abnormal conditions to enrich them-

⁶³ Bernstorff, *Memoirs*, 223-4.

⁶⁴ *Tanin*, 'Kafkasya Meselesi', 14 July 1918.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

selves at the expense of both their own people and the Turks. The same class exists in Turkey. But to do so they have sacrificed public interest and that has damaged Turco-German relations.

“What makes the bad impression worse is that this produces in Germany the conviction among Germans, not only among their experts sent to our country, that they are dealing with Turkish monopolists, that Turkish officials who go to Germany on some mission also go in for private commercial deals there, exploiting the prestige of their official position. This state of affairs discredits us in the eyes of our friends and enemies, and creates the impression amongst certain capitalists that our country is becoming a field for exploitation, and this exercises an unfortunate influence in questions of foreign policy.

“If, as in the question of the Caucasus, the Black Sea fleet, and the Meriç border [with Bulgaria], German and Austrian public opinion has not been favourable to us as we might have expected, it is because our critics have benefited from our internal difficulties. They point out that the Porte is using the class expedient of creating external questions in order to divert the attention of the population, fed up of war while a small minority enriches itself in a ruthless way”.

Turning to the German role in the ‘misunderstanding’ between allies, Ahmed Emin found that the “Germans do not possess the art of penetrating the psychology of the country in which they find themselves, nor of gaining the sympathy of its people ... They never understood Turkey because they compared the situation in Turkey with the one prevailing in Germany, instead of comparing the present situation with Turkey’s past.

“Furthermore, the Germans were guilty of carrying out political propaganda and this had aroused suspicions amongst Turks ... if our behaviour has displeased Germany, so have the actions of certain Germans here produced an equally painful impression ... Our allies forget that in making war Turkey’s aim has been to guarantee her political and economic independence”.

Ahmed Emin also complained that Turkish diplomatic representatives abroad were so busy with their own affairs that they did not help Turkish subjects abroad.⁶⁵

German offensive finally failed on 8 August which General Erich Ludendorff, the architect of the offensive, described as the blackest day in the German history of the war. On 3 September Talat Pasha left for Berlin to carry out further negotiations over the Caucasus. He expressed displeasure at Germany’s Supplementary Treaty with Russia because it recognized Germany’s protectorate in the region without mentioning Armenia or Azerbaijan. But Talat had to make the concessions; he recognized the three republics of Azerbaijan, Armenia and Georgia. Should Turkey’s recognition create complications with Russia, Germany would try to smooth the way and prevent a conflict. Turkey promised to withdraw her troops from Armenia and Azerbaijan.⁶⁶

Ahmed Emin described the ‘Supplementary Treaty’ with the Bolsheviks as one of the greatest deception of his life. “I could never have believed that Germany would

⁶⁵ Ahmed Emin, ‘Almanlar Nazarında Biz’, i, Vakit, 8 August; and ii, ‘Bizim nazirimizda Almanlar’, Vakit, 9 August 1918.

⁶⁶ Fischer, *Germany’s War Aims*, 562.

betray her faithful ally and misinterpret the duties of an alliance in such a strange manner ... Germans taken individually may be sincere and honest but their influence on foreign policy of their country is non-existent. This is guided only by the thought of safeguarding German interests, however short-term they may be ...”

Turning to the Porte’ policy in the Caucasus, Ahmed Emin wrote:

“As we have stated on several earlier occasions, our aim in the Caucasus is the guarantee the defense of our frontier and the independence of the new states which should constitute a line of demarcation between ourselves and Russia. If Germany, under the influence of her general policy, has felt it necessary to win over Russia, she might have given Courland, Lithuania, or Estonia, which are amongst the most prosperous regions of Russia. But the fact concessions have been made only in the Caucasus, and without the Porte having been consulted, makes us have second thought”.⁶⁷

While in Germany, in the speeches he made, Talat always spoke of the total agreement on all essential questions between the four allies. In his interview with Professor Stein Talat said that “complete agreement has been reached between the four allies on all essential questions I came here to discuss. Before I reached Berlin, I had the pleasure of conferring in Vienna with Count Stefan Burian von Rajecz, the Austro-Hungarian foreign minister, and King-Emperor Charles. I was aware that Austria-Hungary intended to take a further step in favour of peace. As the Turks have always defended the cause of peace ... we regarded the fresh step of the Austro-Hungarian Minister for Foreign Affairs as a sincere effort to preserve humanity from fresh bloodshed and from economic ruin. Up to the present, the Entente have given no official common reply. The more the enemy statesmen hasten to give up their harsh refusal, the more the whole group of our adversaries retreats behind a systematic silence.

“If the Entente were sincere in its regard for civilization, as it solemnly claims in all its statesmen’s speeches and in all the literature of propaganda, this would be a moment to prove by facts that peace and tranquility of tortured humanity are just as much its aims as they are of Count Burian and [Chancellor] Hertling ... It is impossible to pretend that the world’s morality, for which they claim to be fighting, is dependent on the military situation of the moment. Either morality is eternal, in which case it does not depend on chance, or else everything must be looked from the point of view of force, in which case it is useless to speak of morality”

Asked about the possibility of the Entente’s refusal to negotiate, Talat replied: “We still possess the resources for withstanding the enemy, of which he knows nothing. If we are driven to stake everything for the defence of our existence, we will continue to fight bravely and with intrepidity until the enemy realize that we shall never be overthrown”.⁶⁸

Talat returned to Istanbul on Friday 27 September having witnessed the collapse of Bulgaria. He realized that Istanbul would have to sign an armistice very soon and in

⁶⁷ *Vakit*, 2 September 1918, Ahmed Emin, ‘Almanya’ nin Kafkas Siyaseti’.

⁶⁸ *Hilal*, 29 September 1918, published Talat’s interview with Professor Stein and was then published in *Vossische Zeitung* (n.d.).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

his frustration is supposed to have said: 'Boku yedik'.⁶⁹ He resigned in early October to make way for a grand vezier who was untarnished by any Unionist connections. By the end of the month Istanbul sighed the Mondros Armistice, marking the end of the Ottoman Empire.

BIBLIOGRAPHY

- Ahmad, Feroz *The Young Turks: The Committee of Union and Progress 1908-1914*. Oxford, 1969.
- Bayur, Yusuf Hikmet, *Türk İnkılabı Tarihi*, 2/iii, Ankara, 1983.
- Bernstorff, Johann, *Memoirs of Count Bernstorff*, New York, 1936.
- Berridge, G.R., *Gerald Fitzmaurice (1865-1939), Chief Dragoman of the British Embassy in Turkey*, Leiden and Boston, 2007.
- Bridge, F.R., 'The Habsburg Monarchy and the Ottoman Empire', in *The Great Powers and the End of the Ottoman Empire*, Marian Kent (ed.), London 1984.
- Bülow, Prince von, *Memoirs of Prince von Bülow, the World War and Germany's collapse 1909-1919*, vol. iii, Boston, 1932.
- Cavit, Mehmet, 'Meşrutiyet devrine ait Cavit Beyin Hatıraları' *Tanin*, 12 and 15-16 November 1944. (The memoirs were serialized during 1944 and 1945).
- Cecil, Lamar, *Albert Ballin, Business and Politics in Imperial Germany, 1888-1918*. Princeton 1967.
- Czernin, Count Ottokar, *In the World War*, London, 1919.
- Earle, E.M., *Turkey, the Great Powers and the Bagdad Railway*, London, 1923.
- Erichsen, Regine, 'Scoundrels or Gentlemen? The Image of the Turk and the German Cultural Mission in Turkey during World War 1', in *The Image of the Turk in Europe from the Declaration of the Republic in 1923 to the 1990s*, Nedret Kuran Burcoglu (ed.), Istanbul, 2000.
- Fischer, Fritz, *Germany's Aims in the First World War*. New York, 1967.
- , *World Power or Decline*, New York, 1974.
- Friedman, Isaiah, *Germany, Turkey, and Zionism 1897-1918*. Oxford, 1977.
- Gooch, G.P., *Recent revelations of European Diplomacy*, 4th ed., London 1940.
- Görlitz, Walter, *The Kaiser and His Court: The Diaries Note Books and Letters of Admiral Georg Alexander Von Muller Chief of the Naval Cabinet 1914-1918*, New York 1964.
- Harry N. Howard, Harry N., *The Partition of Turkey: a diplomatic history 1913-1923*. New York 1966; first published by the University of Oklahoma Press in 1931.
- Jackh, Ernest, *The Rising Crescent: Turkey, Yesterday, Today, and Tomorrow*. New York, 1944.
- Lamouche, Colonel, *Quinze Ans D'Histoire Balkanique*, Paris 1928
- Mukhtar Pacha, Mahmud, *La Turquie, L'Allemagne et L'Europe depuis Le Traité de Berlin*, Paris, 1924.

⁶⁹ See Esat Cemal Paker, *Siyasi Tahirimizde Kirk Yillik hariciye Hatıralari*, Istanbul, 1952, 100.

Özgüldür, Yavuz, 'Yuzbasi Helmut von Moltke'den Musir Liman von Sanders'e Osmanli ordusunda Alman Askeri Heyetleri', *OTAM*, 4, January 1993.

Paker, Esat Cemal, *Siyasi Tahirimizde Kirk Yillik hariciye Hatiralari*, Istanbul, 1952.

Rutherford, Ward, *The Russian Army in Word War 1*. London, 1975.

Trumpener, Ulrich, 'Liman von Sanders and the German-Ottoman Alliance', *Journal of Contemporary History*, i/3, 1966 and in Walter Laqueur and George L. Mosse (eds.), *1914: The Coming of the First World War*. Harper and Row: New York, 1966.

Vagts, Alfred, *Defense and Diplomacy - The Soldier and the Conduct of Foreign Relations*. King's Crown Press: New York, 1956.

Weber, Frank, *Eagles on the Crescent - Germany, Austria, and the Diplomacy of the Turkish Alliance, 1914-1918*. Ithaca and London, 1970.

Williamson, John, *Karl Helfferich 1872-1924: Economist, Financier, Politician*. Princeton, New Jersey, 1971.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MK m. 289'a İLİŞKİN E. 2008/30, K. 2009/96
SAYILI KARARININ İRDELENMESİ¹
(DISCUSSION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DECISION NO. 2008/30 E., 2009/96 K.
CONCERNING TURKISH CIVIL CODE ARTICLE 289)

Prof. Dr. Mustafa DURAL*
Araş. Gör. / Res. Asst. Ahmet AYAR**

ÖZET

Koca ve çocuk tarafından açılacak soybağının reddi davası hakkında MK. m. 289 hak düşürücü süreler öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi, MK. m. 289/1 hükümündeki kocanın açacağı soybağının reddi davası için öngörülen "... herhalde doğumdan başlayarak beş yıl ..." ibaresini, kocanın soybağının reddi davası açma hakkının doğumdan başlayarak beş yıllık süre ile sınırlanmasının Anayasa'ya olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Böylece, soybağının reddi için öngörülen azamî süre ortadan kalkmıştır. Kocaya, artık ne zaman durumu öğrenirse öğrensin, bir yıl içinde dava açma imkânı tanınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Soybağının reddi davası, kocanın soybağının reddi davası açma hususunda beş yıllık azami süre, beş yıllık azami sürenin iptali.

ABSTRACT

The Turkish Civil Code (MK) Article 289 provides prescription period about action for denial of paternity filed by the husband and children. The Constitutional Court has found unconstitutional and cancelled the article 289/1 of the Turkish Civil Code, which includes the term that "... in any case from birth to five years...". Thus, the maximum period provided for denial of paternity has been eliminated. From now on, whenever the husband finds out the situation, he has right to have a lawsuit within a year.

Keywords: Action for denial of paternity, maximum period of five years for husbands denial of paternity, cancellation of the maximum period of five years.

I. KONUNUN SUNUMU

MK m. 285/I, evlilik içinde ya da evliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocukların babasının koca olduğu karinesini getirmiştir. Kanun koyucunun bir faraziye değil de karine getirmesinin sebebi, aksinin ispat edilmesine imkân tanınma-

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: mdural@khas.edu.tr

** Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: ahmet.ayar@khas.edu.tr

¹ RG. 07.10.2009, Sayı: 27369.

sını istemesidir. Yani hükmün amacı, çocuğu gerçek babaya bağlamak olduğu için, baba olmayan kocaya soybağını ortadan kaldırma imkânı verilmiştir. Baba olmayan koca yanında, evlilik içinde doğan çocuğa da² aynı imkân tanınmıştır. Çünkü onun da gerçek babasına bağlanma hakkı vardır. Kocanın baba olduğu karinesi, sadece MK m. 286 vd. de düzenlenmiş olan *soybağının reddi davası* ile çürütülebilir. Dava, yenilik doğuran bir dava olup, geçmişe etkilidir ve bu sebeple de koca ile çocuk arasındaki soybağı, çocuğun doğumu anından itibaren ortadan kalkar.

Soybağının reddi davası MK m. 289'da süreye bağlanmıştır. Aşağıda incelenecek olan Anayasa Mahkemesinin kararına kadar madde iki süre öngörüyordu. Nisbî denilen ilk süre, kocanın doğumu ve olmadığını ya da karının gebe kaldığı dönemde başka bir kimsi ile cinsî münasebette bulunduğunu öğrendiği andan itibaren bir yıldır. Mutlak denilen süre ise beş yıl olup, çocuğun doğumundan itibaren işliyordu. Buna göre koca, doğumdan itibaren beş yıl içinde doğumu ve baba olmadığını ya da gebe kalma anında karının başka bir erkekli cinsî münasebette bulunduğunu öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde dava açmak zorundaydı. Öğrenme beş yıldan sonra olmuşsa (en azından hükmün lafzına göre) artık dava açılmıyordu. Süreler hak düşürücüdürler.

MK m. 289'u karşılayan eski MK m. 242'de dava açma süresi, kocanın doğumu öğrendiği andan itibaren bir aydı. MK m. 289'daki gibi azamî bir süre yoktu. Bu bakımdan koca doğumu on yıl sonra öğrense dahi, dava açabiliyordu.

MK m 289/I'de neden beş yıllık azamî bir sürenin öngörüldüğüne ilişkin maddenin gerekçesinde bir açıklama yoktur³.

MK m. 289/III'e göre, haklı bir sebebin bulunması hâlinde bir yıllık süre, sebep ortadan kalktıktan sonra işleyecektir. Burada sadece bir yıllık süreden söz edilmesi, beş yıllık süreye hiç değinilmemiş olması, hükmün yorumlanmasında bazı tereddütlere sebep olmaktadır. Şöyle ki, dava açamamayı haklı kılan bir sebep varsa ve bu sebep beş yıl geçtikten sonra ortadan kalkmışsa, acaba bir yıllık ek süreden yararlanılabilecek midir, yoksa mutlak olan beş yıllık sona erdiği için dava açılmayacak mıdır? Başka bir deyiş ile ek bir yıllık süre sadece beş yıl içindeki gecikmelere mi uygulanacaktır; yoksa beş yılın dolmasından sonra da uygulanabilecek midir? Örneğin doğumdan sonra geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden koca altı yıl sonra bu gücünü kazanacak olursa ek bir yıllık süreden yararlanabilecek midir, yoksa beş yıllık süre dolduğu için, dava açma imkânına sahip olamayacak mıdır?

Benzer hükmün bulunduğu ZGB Art. 256c'nin beş yıllık süreyi de kapsadığı, yani haklı bir sebeple beş yıllık süre içinde dava açılmaması hâlinde de bir yıllık ek süreden yararlanılacağı İsviçre doktrininde kabul edilmektedir⁴.

² Üzerinde durulacak olan MK m.289, baba ve çocuk yönünden düzenleme getirdiği için, diğer soybağını reddetme imkânı olan kişiler üzerinde durulmamıştır.

³ İsviçre'de de önceden bulunmayan beş yıllık süre, 1977'de yürürlüğe giren 256c maddesinde öngörülmüştür.

⁴ İsviçre doktrini için bkz., *Hegenauer*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band II, das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband: die entsthung des Kindesverhältnisses, Bern 1984; Art. 256c, N 48 ff. *Antalya*, ZGB Art.256c/III' de, bir yıllık değil de sadece süreden (*die Frist*) söz edilmesinden hareketle, bu terimin her iki süreyi de kapsadığı görüşündedir. Oysa *die Frist* *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Türk hukukunda çoğunluk bir yıllık sürenin, haklı bir sebep bulunması durumunda, beş yıllık süreden sonra da uygulanacağı görüşündedir. Örneğin *Antalya*,⁵ bir yıllık ek sürenin beş yıllık süreden sonra da uygulanacağı görüşündedir. Ancak yazara göre MK m.289/III' ün mutlak ifadesi karşısında, su sonuca yorum yoluyla varılamaz. Meselenin kanunda boşluk yoluyla çözülmesi gerekir. Yazara göre, burada bir örtülü boşluk vardır. Çünkü, önce, kanun koyucunun, bir yıllık sürenin haklı sebep varsa uzayacağını kabul etmesi; buna karşılık beş yıllık sürede kabul etmemesi söz konusu olamaz. Böyle bir kabul hükmün amacı ile bağdaşamaz. İkinci olarak, haklı sebebin bulunduğu hâllerde, beş yıllık sürenin geçmesinden sonra bir yıllık ek süreden yararlanılamayacağını kabul, aynı sonucu, yani soybağma son vermeyi düzenleyen MK m. 300/IV ile de çelişki doğurur. Çünkü MK m 300/IV'de bir ve beş yıllık süreleri kapsayacak şekilde bir düzenleme getirilmiştir. *Antalya*, yukarıda açıklanan sebeplerle kanunda örtülü bir boşluğun bulunduğu sonucuna vararak, bu boşluğun MK m. 300/IV hükmünün MK m. 289/III'e de örnekseme yoluyla uygulanarak giderilmesi gerektiğini söyler.

*Acabey*⁶ MK m. 289/III' ün, haklı bir gecikme sebebinin bulunduğu hâllerde, bir yıllık ek sürenin beş yıllık süreye de uygulanmamasının hükmü amacını önemli bir ölçüde yitirmesi sonucunu doğuracağını belirtir. Bu sebeple, doğumdan itibaren beş yıllık sürenin geçmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa, sebebin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde dava açılabilir.

*Öztaş*⁷ haklı sebebin her iki süre için de geçerli olması, bu sebeple sadece beş yıllık süre içinde uygulanacak şekilde anlaşılması gerektiğini savunur.

*Akıntürk*⁸ açık olmamakla beraber, ek sürenin, sadece bir yıllık sürenin geçirilmesi hâlinde uygulanacağı görüşündedir⁹.

Kanun koyucunun, ek süreyi bir yıllık sürenin haklı sebeple dava açılmadan geçirilmesinde uygulanacağı görüşünde olduğu MK m. 289'un gerekçesindeki, "*üçüncü fıkrada ise, dava açmadaki gecikmenin haklı bir sebebe dayanması hâlinde, bir yıllık hak düşürücü sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacağı hükmü bağlanmıştır.*" diyen cümleden açıkça anlaşılmaktadır¹⁰.

Yargıtay'ın, bir yıllık ek sürenin beş yıllık süre için de uygulanacağı görüşünde olduğu Hukuk Genel Kurulunun 22.12.2004 tarih ve 554/742 sayılı kararından anlaşılmaktadır¹¹.

terimi tekildir. Her iki süreyi de kapsamı için, çoğul olan *die Fristen* ibaresinin kullanılması gerekirdi. Kaldı ki, eğer bu terim her iki süreyi de kapsamış olsa idi, beş yıllık süreyi kapsayıp kapsamadığı İsviçre doktrininde de tartışılmazdı (*Antalya*, Soybağın Reddine İlişkin Dava Sürelerinin Haklı Sebep Uzmanı, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2005, yıl 3, sayı 27, s.1010 vd.)

⁵ *Antalya*, 1011 vd.

⁶ *Acabey*, Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir, 2002, s. 151.

⁷ *Öztaş*, Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 530.

⁸ *Akıntürk*, Aile Hukuku, genişletilmiş 10.bası, İstanbul, s. 355.

⁹ *Dural/Öğüz/Gümiş*, bu konuda sadece Anayasa Mahkemesinin kararının belirtmekle yetinmişlerdir (Türk Özel Hukuku, cilt III, Aile Hukuku, 4.bası, İstanbul, 2011, s. 259.

¹⁰ Adalet Bakanlığı, Türk Medeni Kanunu Tasarısı, 1998, s. 370.

¹¹ www.kazanci.com/hk02/ibb/files/hgk-2004-2-534htm.

Karanın gerekçesine göre: “Genel Kurul görüşmelerinde çoğunluk düşüncesi bu hükmün; bir ve beş yıllık sürelerin geçirilmesinden sonra da, başka bir deyişle ilk fıkradaki nisbi ve mutlak sürelerin haklı bir nedenle... kaçırlmış olması durumunda da uygulanabileceği, kanun koyucunun bunu amaçladığı son fıkranın konuluş gayesinin bu olduğu yolunda olmuştur.”

II. MESELENİN ANAYASA MAHKEMESİ ÖNÜNE GELMESİ

MK m 289. maddenin, soybağının reddini beş yıllık azamî süreye bağlamasının Anayasaya aykırı olduğu iddiası, iki Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine getirilmiştir. Her iki mahkeme de beş yıllık sürenin Anayasanın, 2, 5, 13, 36, 40 ve 41. maddelerine aykırı olduğunu iddia ederek, mahkemelerden biri MK m. 289’un birinci fıkrasının tamamının, diğeri ise sadece beş yıllık sürenin iptalini istemiştir.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN VARDIĞI SONUÇ

1. Bir yıllık süre yönünden

Anayasa Mahkemesi önce (mahkemelerden biri MK m 289’un birinci fıkrasını tümünün iptalini istediği için) bir yıllık süre üzerinde durmuş ve bu sürenin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemeye göre: “Soybağının reddi davası, çocuğun baba ile arasındaki soybağını ortadan kaldırmaya yönelik olduğundan, yaratacağı sonuçlar göz önüne alındığında, aile ve toplumun hayatı üzerindin de önemli etkilere yol açacağı açıktır. Soybağının reddi davasında öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, çocuğun nesep durumunun uzun süre askıda kalmaması, ailenin temelini teşkil eden soybağının süresiz olarak dava tehdidi altında tutulmaması, böylece soybağında istikrar ve kamu düzenininin sağlanarak ailenin korunması amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. İtiraz konusu kurallarla dava açma sürelerinin bir yıla sınırlandırılması Anayasa’nın 41. maddesindeki ailenin ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlet’e verilen görevin yerine getirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca dava açma hakkının süre ile sınırlandırılması adil yargılama açısından ön koşul olan dava açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kurallar ile kişinin genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı engellenmediği gibi, bu hakkın kim tarafından, nasıl ve hangi süre içinde kullanılacağına ilişkin düzenlemeler Anayasa’nın 40. maddesi ile uyum içindedir.

Açıklanan bu nedenlerle, kurallar Anayasa’nın 36, 40 ve 41. maddelerine aykırı değildir.”

2. Beş yıllık süre yönünden

MK m. 289/1’deki beş yıllık süreyi Anayasa Mahkemesi AY m. 2, 5 ve 17’ye aykırı bularak iptal etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, “Kişinin genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı en temel haklarından biridir. İtiraz konusu ibare ile bu hak doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmakta ve bu sürenin haklı neden olmadan geçmesi hâlinde dava açma hakkı henüz doğmadan kocanın elinden alınmak suretiyle kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda

birakılmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, kocanın temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının önündeki bu hak ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir.

İtiraz konusu ibare, kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkesiyle bağdaşmayacak surette sınırlamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2.,5. ve 17. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Yüksek Mahkeme, 2. 5. ve 17. maddelere göre Anayasa'ya aykırılığı tespit ettikten sonra artık AY 10, 13, 36, 40 ve 41. maddeler yönünden meseleyi inceleme gereği duymamıştır.

IV. SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin bu kararı doktrindeki bir yıllık ek sürenin beş yıllık süre için de uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasına son vermiştir. Belirtmek gerekir ki, bir yıllık ek süreyi, beş yıllık sürenin haklı bir sebeple geçirilmesi hâlinde kanunda boşluk olduğu görüşü ile açıklanması fikrimizde doğru değildir¹². Çünkü kanun koyucu burada bilerek susmuş, yani menfi bir çözüm getirmiştir. Bunun böyle olduğu MK m. 300/IV'den anlaşılmaktadır. Zira, orada soybağına son verecek tanınmanın iptali davasında da bir ve beş yıllık süreler ve ek süre vardır. Kanun koyucu süre değil de sürelerden söz etmektedir. MK m. 300/IV'de her iki süreyi de kapsayacak hüküm getiren kanun koyucunun, aynı konudaki MK m. 289/III' de aynı düzenlemeyi getirmemesinde bir ihmalden ya da unutkanlığandan söz edilemez. Bu da MK m. 289/III' beş yıllık süreden söz edilmemesi, yani MK m. 300/IV'deki gibi sürelerden değil de, süreden söz edilmesi, kanun koyucunun bilerek hareket ettiğini gösterir. Bu bakımdan ortada bir menfi çözüm vardır ve menfi çözüm boşluk giderme yoluyla doldurulamaz; kanun koyucunun bizzat çözüm getirmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi çözüm getirecek olan kanun koyucudan hızlı hareket ederek beş yıllık süreyi iptal etmiştir. Böylece, soybağının reddi için öngörülen azamî süre ortadan kalkmıştır. Kocaya, artık ne zaman durumu öğrenirse öğrensin, bir yıl içinde dava açma imkânı tanınmıştır. Böylece, bu iptal sonucunda, sırf aradan beş yıl geçtiği için koca, kendisinden olmayan bir çocuk ile soybağı içinde yaşamak zorunda olmaktan kurtulmuştur. Aynı şekilde çocuk yönünden de, ne zaman olursa olsun gerçek babası ile soybağı kurma imkânı doğmuştur.

KAYNAKÇA

Acabey, Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002.

Akıntürk, Aile Hukuku, genişletilmiş 10.bası, İstanbul 2006.

Antalya, Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerinin Haklı Sebeple Uzaması, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2005, Yıl 3, Sayı 27.

¹² Bkz., Antalya, 1011 vd.

Dural/Ögüz/Gümüş, bu konuda sadece Anayasa Mahkemesinin kararının belirtmekle yetinmişlerdir (Türk Özel Hukuku, cilt III, Aile Hukuku, 4.bası, İstanbul 2011.

Hegenauer, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band II, das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband: Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Bern 1984.

Öztañ, Aile Hukuku, Ankara 2004.

AİLE İÇİ ŞİDDETE İLİŞKİN CEZA KANUNU ÇERÇEVESİNDE GENEL BİR İNCELEME

(A GENERAL VIEW ON DOMESTIC VIOLENCE WITHIN THE SCOPE OF TURKISH CRIMINAL CODE)

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR*
Araş. Gör. / Res. Asst. Fulya EROĞLU**

Yeditepe Hukuk Fakültesi'nin temelini atan kişilerden biri ve gelecek kuşakların yetişmesinde tükenmez emekleri olan Sayın Prof. Dr. Erhan Adal'a saygı ile...

ÖZET

Aile içi şiddet, Türk kamuoyunda sıklıkla gündeme gelen toplumsal bir sorun olduğu gibi, hukuksal alanda da pek çok farklı hükümlerle düzenlenmeye çalışılan bir konudur. Bu makalede, aile içi şiddete, kötü muamele ve aile düzenine ilişkin bazı suç tipleri incelenmiştir. Makalenin hedefi, kanun koyucunun ailenin korunması ve aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla Türk Ceza Kanunu kapsamında getirdiği düzenlemelerin ceza hukuku bakışı ile incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Aile içi şiddet, kötü muamele, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali, ceza hukuku.

ABSTRACT

Domestic violence is not only a social problem that frequently draws the attention of the Turkish public, but also constitutes a field of judicial interest, where many different provisions may be applied. This article deals with various offences regarding domestic violence, maltreatment and the familial order. The aim of the article is to examine criminal provisions brought into force by the Turkish legislator under the Turkish Penal Code for the purposes of protecting the family and preventing domestic violence from a criminal law point of view.

Keywords: Domestic violence, maltreatment, violation of obligations arising from family law, criminal law.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: info@bayraktarhukuk.com

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: fulyaeroglu@gmail.com

GİRİŞ

Ülkemizde aile içi şiddet denilince, genellikle genç kızların, toplumsal baskı nedeniyle, çok sert uygulamalarla, yaptırımlarla karşılaşmaları, ya da kadınların kocalarının ağır eylemlerinin mağduru olmaları anlaşılmaktadır. Oysa aile içi şiddet daha geniş bir kapsama sahiptir. TCK'daki pek çok suçta aile içi şiddetin izleri bulunmaktadır.

Bu incelememizde önce TCK'daki aile içi şiddete ilişkin maddeleri genel hatları ile açıklayacak, sonra bazı suçları ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

I. GENEL OLARAK

Aile içi şiddet'e ilişkin önemli ve tarihsel bir geçmişi olan düzenleme kasten adam öldürme suçudur. TCK 82/2-d'de nitelikli adam öldürmede, üstsoy ve altsoy'un suçun faili ve mağduru olması cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmektedir.

Bunun yanı sıra kasten öldürmenin eşe ya da kardeşe karşı olması da fiili nitelikli hale getirmektedir.

Üstsoy ya da altsoy ilişkisi kan hısımlığı¹, eş medeni nikahtan boşanmaya kadar olan beraberlik ve² kardeş de aynı anne babanın ya da aynı ana veya aynı babanın çocukları arasındaki akrabalık çerçevesinde ilişki³ değerlendirilmektedir.

Kasten adam öldürme suçu ile ilgili düzenlemenin, suçun ihmal suretiyle icraen işlenmesi halinde de geçerli olduğu ileri sürülebilecektir. İhmal suretiyle icrai adam öldürmede sorumluluk için "kanuni yükümlülüğün" (TCK 83/1, 2) özellikle altsoy ve eş ilişkilerinde⁴ bulunduğu kabul edilmektedir.

Kasten adam öldürmeye ilişkin düzenlemenin TCK 86/3-a'da kasten müessir fiil (yaralama) suçunda da tekrarlandığı görülmektedir. Bu suçta da, üstsoya, altsoya, eşe ve kardeşe karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmektedir.

TCK'da düzenlenmiş yeni suç biçimlerinden biri olan eziyet suçunda, aile bireylerinin karşılıklı ilişkilerine yer verilmiştir. Eziyetin, "üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ve eşe" karşı yapılması cezayı arttırmaktadır. Uzun süreli, muntazam manevi baskıların aile içi ortamda daha kolaylıkla işlenebilmesi, ağırlatıcı nedenin gerekçesi olmuştur.

TCK'nun 2. kitap, 2. kısım, 4. bölümünde aile içi korumacılık, dolaylı biçimde düzenleme altına alınmıştır. Terk ile yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, korunmaya muhtaç, yaşlılar ve küçükleri de içine almakta, böylece bu eylemler aile içi şiddet biçiminde ortaya çıkmaktadır (TCK 97, 98).

Aile içi şiddetin belirgin örneklerinden biri de TCK 102/2. maddede bulunmaktadır. Son on beş yılın tartışmalarından biri bu düzenleme ile sona ermiştir. Buna göre cinsel saldırının eşe karşı yapılması suç olarak kabul edilmiştir.

¹ Erman, Sahir - Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994, 36; Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16 bs., İstanbul, Beta Yay., 2001, 50.

² Erman - Özek, 32; Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul, 2007, 45 - 46.

³ Centel - Zafer - Çakmut, 46.

⁴ Centel - Zafer - Çakmut, 66.

Cinsel taciz ile ilgili 105/2. maddede aile içi ilişkinin kötüye kullanılması ortaya konulmuştur. Cinsel tacizin “aile içi nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi” suçu etkileyen ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucu bir başka ağırlaştırıcı nedeni daha öngörmüştür. Bu da, cezanın en alt sınırının ayrıca belirtilmesi durumudur. Buna göre şayet mağdur, cinsel taciz nedeniyle ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, cezanın en alt sınırı bir yıl haptisten aşağı olmayacaktır.

Cinsel suçlarla ilgili ve aile içi ilişkiyi göz önünde bulunduran bir diğer suç biçimi fuhuştur. Cinsel ilişkinin ticari bir uğraş haline gelmesini belirten fuhuş cezalandırıldığı gibi failin aile içindeki kişilerden biri olması durumunda ceza arttırılmaktadır. TCK 227/5. maddesinde “eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen” tarafından fiilin işlenmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı öngörülmektedir.

Aile bireylerinin göz önünde tutulduğu bir başka madde TCK 109/3-e’de yer almaktadır. Buna göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, üstsoya, altsoya ve eşe karşı işlendiği takdirde ceza bir kat arttırılmaktadır.

Dilencilik suçunda da aile içi ilişkilerin belirlendiği saptanmaktadır. TCK 229/1. maddenin ikinci fıkrasında, eylemin üçüncü derece dahil kan ve kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi suçu etkileyen ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür.

Aile içi şiddet TCK 232 – 234. maddelerinde doğrudan doğruya ele alınmıştır. TCK 232. maddedeki kötü muamele ve TCK 233. maddede yer alan “aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” ve 234. maddedeki “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçları bu durumun belirgin örnekleridir.

TCK’nun malvarlığına ve adliyeye karşı suçlar bölümünde aile içi ilişkiler daha çok cezasızlık nedeni olarak kabul edilmiştir. TCK 167 ve 245. maddelerindeki cezasızlık halleri ya da cezayı hafifleten haller, aile içi şiddetle ilgili değildir. TCK 273/1-e, 283/3, 284/4, 294/6 maddelerindeki haller, kişinin kendisi ya da yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya ya da delil göstermeye zorlanamayacağını açıklayan AY 38/5. maddenin bir yansımasıdır. Söz konusu maddeler aile içi şiddetle ilgili olmadığından bunlar ayrıca irdelenmemiştir.

Aynı şekilde TCK 131/2, 116/3. maddelerde aile bireyleri öngörülmüşse de, bu eylemlerle şiddet arasında bir bağlantı bulunmamaktadır.

Bu noktada 08.03.2012 tarihinde kanunlaşan “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”⁵ da kısaca değinmek gerekmektedir. Bu Kanun ile şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarının korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu amacı gerçekleştirebilmek için Kanunda çeşitli koruyucu ve önleyici tedbirler öngörülmüştür (Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 4 ve 5). Ayrıca söz konusu tedbir kararlarına uyulmaması halinde, fiil bir suç oluştursa dahi ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hakim kararı ile üç günden on güne kadar zorlama hapsine hükmedileceği düzenleme altına alınmıştır (Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 12). Kanunun gerekçesinde, bu yaptı-

⁵ Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun için bkz. [http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0572,\(çevrimiçi\)](http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0572,(çevrimiçi)), son erişim; 15.03.2012, 09.00. (Bu makale hazırlandığı sırada söz konusu Kanun henüz Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır).

rımın seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği, ön ödeme, şatla salıverme ve erteleme hükümlerinin bu yaptırım bakımından uygulanamayacağı vurgulanmaktadır. Tedbir kararlarının denetiminin ise teknik araçlar kullanılarak yapılabileceği Kanunun 11. maddesinde belirtilmektedir.

Ayrıca mevzuatımızda yer alan “Ailenin Korunmasına Dair Kanun”da da aile içi şiddeti önlemeye yönelik hükümler yer almaktadır. Ancak söz konusu Kanunun günümüz sorunlarına yeteri kadar etkili şekilde çözüm getirememesi sebebiyle, uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak 08.03.2012 tarihinde bu Kanunda değişiklik yapılmıştır.⁶

II. ULUSLARARASI HUKUK

A. Genel Olarak

Aile içi şiddet yalnızca ülkemiz bakımından değil, aynı zamanda pek çok diğer ülke bakımından da mücadele edilmesi gereken, ciddi bir sorun olarak kendisini göstermektedir. Bu bağlamda aile içi şiddetle etkili şekilde mücadeleyi sağlayabilmek ve onu önleyebilmek için pek çok uluslararası düzenleme yapılmıştır.

Aşağıda TCK’da yer alan önemli bazı maddelerin incelenmesine geçilmeden önce, konunun uluslararası boyutuna dikkat çekmek ve mevzuatımızı mukayese edebilmek amacıyla, Türkiye’nin de üye olduğu belli başlı uluslararası kuruluşlar bünyesinde hazırlanan düzenlemeler incelenecektir.

B. Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler bünyesinde Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemeler şöyledir:

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin konuyla ilgili 19. maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir:

“Bu sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiüstimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, irza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi, ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir”⁷

Konu bakımından önem arz eden bir diğer düzenleme ise Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’dir. Sözleşme, kadına karşı gerçekleştirilecek

⁶ Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0383>, (çevrimiçi), son erişim; 15.03.2012, 09.00. (Bu makale hazırlandığı sırada henüz söz konusu Kanun Resmî Gazete’de yayımlanmamıştır).

⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf>, (çevrimiçi), son erişim; 01.08.2011, 20.30.

ayrımcılığı önlemek bakımından taraf devletleri yükümlü kılmaktadır. Söz konusu sözleşmede aile içi şiddetin önlenmesini ya da bununla mücadeleyi konu alan doğrudan bir düzenleme mevcut değildir.⁸ Ancak Sözleşme organı niteliğindeki Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, aile içi şiddeti de kadına karşı ayrımcılık kapsamında görmektedir.

Komitenin, Taraf Devletleri bağlayıcı nitelikteki tavsiye kararlarında, açıkça aile içi şiddeti konu aldığı görülmektedir. Bu bağlamda 19 numaralı Tavsiye Kararına göre, “cinsiyete dayalı şiddetin, kadınların erkeklerle eşitlik temelinde hak ve özgürlüklerden yararlanma imkanına ciddi bir engel teşkil ettiği” ve Sözleşme’nin 1. maddesindeki ayrımcılık yasağının kapsamına girdiği belirtilmektedir. Cinsiyete dayalı şiddetin, kadını kadın olması nedeniyle veya kadınları orantısız bir biçimde hedef alan davranışları kapsayan değerlendirmesinde, Komite, kadınların erkeklere boyun eğmesi gerektiği veya yerleşik rolleri bulunduğu yönündeki geleneksel anlayışın ürünü olan, aile içi şiddet ve istismar, zorla evlendirme, çeyiz/başlık parası ölümleri, asit saldırıları ve kadın sünneti gibi yaygın ve sürekli şiddet veya korkutma davranışlarını özellikle vurgulamaktadır. Komiteye göre, Sözleşme her ne kadar öncelikle kamu otoritesi tarafından gerçekleştirilen şiddet davranışlarını kapsamına alsa da, Taraf Devletler, kadınlara karşı herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilecek ayrımcılığı ortadan kaldırmakla yükümlüdürler. Taraf Devletler, bu yükümlülüklerini gerekli özen ve dikkati göstermek suretiyle yerine getirmemeleri nedeniyle gerçek kişiler tarafından uygulanan şiddet olayları bakımından dahi Sözleşmeyi ihlal etmiş sayılacaklardır.⁹

Belirtmek gerekir ki, 1999 tarihli Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne Ek İhtiyari Protokolü ile denetim usulü olarak bireysel başvuru usulü de tanınmıştır. Bu şekilde bireylerin, Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’ne başvurarak denetim mekanizmasını işletmesi mümkün olmuştur.

C. Avrupa Konseyi

Konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi’nin yayınladığı tavsiye kararlarının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ve söz konusu sözleşmenin yargı organı olarak faaliyet gösteren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bazı kararlarının ele alınması gerekmektedir.

a. Bu konuda önemli düzenlemelerden biri, Avrupa Konseyi’nin kadınlara karşı aile içi şiddet konulu, 1582 (2002)[1] numaralı tavsiye kararıdır. Söz konusu Tavsiye Kararı’nda aile içi şiddetin, kadınlara karşı uygulanan şiddet türleri arasında en yaygın şiddet türü olduğu belirtilmektedir. Aile içi şiddetin, mağdurların hayatı, barınma, sağlık, eğitim ve hayatını korkmadan ve istediği şekilde devam ettirme gibi pek çok alanda sonuçlar doğurduğu, bu kararda kuvvetle ileri sürülmektedir.¹⁰

⁸ Bakırcı, Kadriye, Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal Mevzuatın Uluslararası Belgeler ve Avrupa Belgeleri Karşısındaki Durumu, Güncel Hukuk, Eylül 2007, s. 22.

⁹ BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, 19 no’lu tavsiye kararı, prg. 1, 6, 8, 9 ve 11. (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>, (çevrimiçi), son erişim; 02.08.2011, 19.45.

¹⁰ Avrupa Konseyi 1582 (2002)[1] sayılı tavsiye kararı, prg. 1, tavsiye kararın metni için bkz. <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta02/erec1582.htm>, (çevrimiçi), son erişim; 27.07.2011, 20.30.

Tavsiye Kararı'nda aile içi şiddetin bütün Avrupa ülkelerinde yaygın şekilde görüldüğü ve belirli bir sosyal grup ya da sınıf ile sınırlı kalmadığı vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, fiziksel saldırı, cinsel istismar ve cinsel saldırı, tehdit ve sindirme gibi şekillerde karşımıza çıkan aile içi şiddetin bir suç olarak tanınması gerekmektedir.¹¹ Bu kararda ayrıca, aile içinde gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin hala özel bir mesele olarak kabul edilmekte olan bir sorun olarak ortaya konmakta ve istatistiklere göre, aile içi şiddetten kaynaklanan 16 – 44 yaş arası kadın ölüm ve sakatlıklarının, kanser, trafik kazaları hatta savaşı dahi geride bıraktığı belirtilmektedir. Bu bakımdan aile içi şiddetin siyasal ve kamusal bir sorun olarak ele alınması ve insan haklarını ihlal eden bir durum olarak kabul edilmesi gerekmektedir.¹² Konsey, aile içi şiddeti suç olarak görmekte ve üye devletlerin aile içi şiddete ilişkin bütün eylemleri önleme, soruşturma, cezalandırma ve mağdurlarına koruma sağlama yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmektedir.¹³

Tavsiye Kararı'nda aile içi şiddet mağdurları ve aile içi şiddetin önlenmesi bakımından alınması gereken tedbirler ile gerçekleştirilmesi gereken yasal düzenlemeler de maddeler halinde belirtilmiştir. Bu bağlamda Tavsiye Kararı'nda, üye ülkelerin aşağıdaki yasal düzenlemeleri gerçekleştirmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴

- Ulusal mevzuat, aile içi şiddetin her türünü yasaklamalı, şiddet gösteren partnerin, şiddete ilişkin olarak önceden herhangi bir delilin aranmasına gerek olmaksızın, ilk şikayet üzerine ve mahkeme kararını beklemeksizin, ortak meskenden ve kadın ile çocuklarından derhal uzaklaştırılmasını da içeren etkili yasal hükümler getirmelidir;

- Aile içi şiddet kavramı, hangi biçimde olursa olsun, ulusal mevzuat tarafından ciddi bir adli suç olarak tanımlanmalıdır;

- Kadınları aile içi şiddete karşı korumaya yönelik daha etkili sistemler oluşturmaya yönelik yasal ve kurumsal reform çalışmaları kapsamında, yürürlükteki ulusal yasaların gözden geçirilmesi ve kapsamlı bir araştırma çalışması yapılması gereklidir;

- Aile içi tecavüz adli bir suç olarak kabul edilmelidir;

- Adalete ulaşma ile çeşitli usuller daha esnek hale getirilmelidir: İfadeler tercihen kapalı oturumda alınmalıdır, ispat yükü hafifletilmelidir;

- Polise ve soruşturma makamlarına, soruşturmayı yürütme ve delil toplama yetkileri verilmeli ve aile içi şiddet mağdurları adına şikayette bulunma yetkisi tanınmalıdır.

b. Bu noktada, Avrupa Komisyonu bünyesinde hazırlanan ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da konuyu kısaca değerlendirmek gerekir. Aile yaşamı, AİHS'nin "özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesi kapsamında korunmaktadır. Buna göre "her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir"¹⁵. Aile içi şiddet teşkil eden eylemler söz konusu olduğunda ise AİHS'nin özellikle "işkence

¹¹ Avrupa Konseyi 1582 (2002)[1] sayılı tavsiye kararı, prg. 1.

¹² Avrupa Konseyi 1582 (2002)[1] sayılı tavsiye kararı, prg. 2.

¹³ Avrupa Konseyi 1582 (2002)[1] sayılı tavsiye kararı, prg. 1.

¹⁴ Avrupa Konseyi 1582 (2002)[1] sayılı tavsiye kararı, prg. 7.

¹⁵ Çalışmada kullanılan AİHS'nin ilgili maddesinin çevirisi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt I, İstanbul, 2003, s. 41.

yaşağı” başlıklı 3. maddesinin ihlali gündeme gelmektedir. Bu maddeye göre; “hiç kimse, işkenceye ya da insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleye yahut cezaya tabi tutulmayacaktır”¹⁶. Aile içi şiddet fiilleri sonucu ölümün meydana gelmesi halinde de AİHS m. 2’de yer alan yaşam hakkının, somut olayda ihlal edilip edilmediği değerlendirilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yakın tarihli **Opuz / Türkiye’ye karşı** kararı, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine de atıfla, kadınlara karşı uygulanan şiddet eylemlerine ilişkin yaptığı tespitlerle önem taşımaktadır. Söz konusu kararda kadına karşı şiddetin, kadına karşı ayrımcılığın bir türü olduğu vurgulanmaktadır.¹⁷

Kararın önem arz eden noktalarından biri de Türkiye tarafından kadınlara karşı şiddetin önlenmesine yönelik olarak alınan tedbirlerin yetersiz kaldığını ortaya koymasıdır. Bu açıdan kararda yer alan şu paragraflar özellikle dikkat çekicidir:

“Hükümetin, başvuranın 4320 sayılı Kanun bağlamındaki iç hukuk yollarına başvurabileceği ve kadınların korunması amacıyla kurulan misafirhanelerden birine sığınabileceği iddiası hususunda AİHM, 4320 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 14 Ocak 1998 tarihine kadar Türk hukukunun, savunmasız kişileri aile içi şiddete karşı korumayı amaçlayan idari ve güvenliği sağlayıcı tedbirler almamış olduğunu kaydeder. Bu tarihten sonra dahi, ulusal makamların başvuruları eşine karşı koruyabilmek amacıyla söz konusu Kanunun sağladığı tedbirlere ve yaptırımlara başvurmadıkları anlaşılmaktadır. H.O. tarafından uygulanan şiddetin seviyesi göz önüne alındığında, Cumhuriyet Savcılığı başvuranın 4320 sayılı Kanun’un uygulanmasını özel olarak talep etmesini beklemeden, kendi inisiyatifıyla söz konusu kanunun içerdiği tedbirleri uygulamalıydı”¹⁸

“AİHM, başvuruya

olması sebebiyle AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır”¹⁹.

III. TCK’DA YER ALAN BAŞLICA DÜZENLEMELER

A. Terk Suçu

1. Genel Olarak

TCK. 97. maddesinde, “Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali” başlıklı dördüncü bölümün hemen başında ilk suç olarak “terk” düzenlenmiştir.

Madde şu şekildedir:

MADDE 97. - (1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur.

¹⁶ Çalışmada kullanılan AİHS’nin ilgili maddesinin çevirisi için bkz. Gemalmaz, 37.

¹⁷ Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ayata, Gökçeçiçek - Eryılmaz Dilek, Sevinç, Kadınlar İçin Gerçek Adalet, Güncel Hukuk, Kasım 2010, 14.

¹⁸ **Opuz / Türkiye’ye Karşı**, başvuru no. 33401/02, 9 Haziran 2009, prg. 171. Kararın Türkçe metni için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/33401-02.pdf>, (çevrimiçi), son erişim; 01.08.2011, 21.00.

¹⁹ **Opuz / Türkiye’ye Karşı**, prg. 176.

765 Sayılı ve yürürlükte olmayan TCK'da bu suç 473 – 475. maddeler arasında, daha ayrıntılı ve daha geniş olarak düzenlenmişti. Bu düzenleme şu şekilde idi :

Madde 473. – Her kim muhafazası kendisine ait olan on iki yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendisini idare edemeyen bir kimseyi kasten kendi başına terk eder ise üç aydan otuz aya kadar hapse mahkum olur.

Eğer bu terk fiilinden o kimsenin vücuduna veya sıhhatına büyük bir zarar gelmiş veya akli teşevvüşe uğramış ise failin cezası beş seneye ve telef vukua gelmiş ise on seneye kadar ağır haptistir.

Madde 474. - Aşağıda gösterilen hallerden biri varsa yukarıdaki maddede yazılı cezalar üçte bir miktarı çoğaltılır. Bu haller:

1 - Terkolanın mahallin insandan hali bulunması,

2 - Bir şahsın kendi meşru evladını veya kendinden olduğunu ikrar eylediği çocuğunu veya evlatlığa kabul ettiği bir çocuğu veya bunların o kimseyi terketmiş olmasıdır.

Madde 475. - Yukarıdaki maddelerde gösterilen terk fiilleri kendisinin veya karısının veya anasının veya evlat ve ahfadının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için doğumundan henüz beş gün geçmemiş gayri meşru bir çocuk aleyhine işlenmiş olursa fail hakkında mezkûr maddelerde yazılı cezalar altıda birden üçte bire kadar indirilir.

Suçun, iki kanundaki düzenleme biçiminde önemli farklar bulunmaktadır. Bunları şöyle belirtmek mümkündür:

1) Önceki Ceza Kanunu'nda mağdur çocuk için 12 yaşından küçük olma öngörülmüşken, yeni kanunda sadece yaş denilmiş, bunun alt ve üst sınırı belirtilmemiştir.

2) Önceki Ceza Kanunu'nda, hastalık, "akıl ya da beden hastalığı" şeklinde belirtilirken, yeni ceza kanununda sadece hastalık terimine yer verilmiştir.

3) Yürürlükten kalkmış bulunan Ceza Kanunu'nda, fiilin işlendiği yer, fail ile mağdur arasındaki yakın akrabalık ilişkisi veya mağdurun evlilik dışı dünyaya gelmiş olması ya da "namusu kurtarma saiki" suçun cezasını ağırlaştırıran ya da hafifleten neden olarak dikkate alınmışken, yeni Ceza Kanunu'nda bu hususlar öngörülmemiştir.

4) Mağdurun, fiil sonucunda yaralanması, hastalanması ya da hayatını kaybetmesi önceki Kanunda suçu etkileyen neden, suçun ağırlaşmış hali olarak belirlenmiş iken, yeni Kanunda netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul edilmiştir.

2. Korunan Hukuki Yarar

Terk suçu ile korunan hukuki menfaati üç yönden ortaya koyma olanağı bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, korunmaya ve bakıma muhtaç kişileri yardımsız ve bakımsız bırakmamak ve bunların daha kötü, zor ve tehlikeli koşullar altında bulunmaları önlenmek istenilmektedir. Yaşları ve hastalıkları nedeniyle kişileri yardımdan, bakım-

dan yoksun bırakmak daha kötü ve olumsuz koşullara itme anlamını taşımaktadır. Kanun koyucu bunu, söz konusu fiili cezalandırarak önlemeye çalışmaktadır.²⁰

Korunan hukuki menfaati, ikinci ve daha geniş açıdan şu şekilde belirleyebilmek mümkündür :

İnsanlar toplum düzeni içinde yaşarken, hak ve özgürlüklere sahip oldukları gibi, belirli ilke ve kurullarla yaşamak durumundadırlar. Yardıma muhtaç kişileri koruma, “insancıl bir davranış örneğidir”, “toplumsal dayanışma davranışdır”. Dolayısıyla suç ile korunan hukuki yarar içinde bu amaçlara da ulaşılacak istenilmektedir.

Nihayet, korumak istenen üçüncü menfaat, kendilerini koruyamayacak durumda olan, yaşları ve hastalıkları nedeniyle sağlık ve hayat mücadelelerini devam ettirmede zorluklar çeken kişilerin daha ağır koşullarda yaşamamalarını sağlamaktır.²¹ Bu durumda olan kişiler çok zor koşullar içinde yaşamak zorunda kalmamalıdır.

3. Maddi Unsur

a. Fail

Suçun faili olarak, TCK. 97/1. maddede “koruma ve gözetim yükümlülüğünü” üstlenmiş kişiler gösterilmiştir.

Belirtilen koruma ve gözetim yükümlülüğü, kanundan, mahkeme kararından, sözleşmeden, kamu hukuku ilişkisinden ve istisnai durumlarda fiili durumlardan da meydana gelebilir.

Kanundan kaynaklanan yükümlülük, “velayet veya vesayet” altında bulundurmaz. Velayet ilişkisinin gereği olarak ana ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır.²² Aynı şekilde vesayet altına alınmış kişiler açısından vasiler ve hacir altına alınmış kişiler yönünden gene vasiler bu yükümlülüğe sahip kişilerdir.²³

Yükümlülüğün kaynağı mahkeme kararından ileri gelebilir. Vesayet ve hacir altına alma kararının mahkeme tarafından verilmesi gibi...

Koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradi olarak üstlenilmesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün diğer bir kaynağını oluşturmaktadır. Bu durumda koruma ve gözetim yükümlülüğü bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Çocuk bakıcılarının, hemşirelerin yükümlülükleri sözleşmeden kaynaklanmaktadır²⁴. Bu anlamdaki yükümlülük geçici veya sürekli, ücretli veya ücretsiz olabilir²⁵.

Koruma ve gözetim yükümlülüğü, kamu hukuku ilişkisinden de doğabilir. Tıpkı, bir öğretmenin küçük yaştaki öğrencilerine karşı olan yükümlülüğü gibi...

²⁰ Bu amacın açıklandığı kaynak için bkz. Yar. CGK. 04.11.2003 tarih ve 2003/8-211 E., 2003/258 K. sayılı karar, www.kazanci.com.tr; Bkz. Yaşar, Osman - Gökcan, Hasan Tahsin - Artuç, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara, 2010, 3178.

²¹ Bkz. Yar. CGK. 04.11.2003 tarih ve 2003/8-211 E., 2003/258 K., www.kazanci.com.tr; Bkz. Yenerer Çakmut, Özlem, Türk Ceza Yasasında Terk Suçu (TCK. m.97), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2007, C. LXV, S. 2, s. 58.

²² Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu C. III, 3179; Yenerer Çakmut, 59.

²³ Yenerer Çakmut, 59; Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt II, Ankara, 2008, s. 567.

²⁴ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu C. III, 3179.

²⁵ Bkz. Yenerer Çakmut, 59.

Yenerer Çakmut, bu gibi yükümlülük kaynaklarına, doğal bağlılık ya da fiili bir nedenden kaynaklanan yükümlülüğü de eklemektedir.²⁶ Tıpkı, veli ve vasi dışındaki yakın akrabaların geçici ve doğal yükümlülükleri gibi...

b. Mağdur

Suçun mağduru kanunda oldukça geniş biçimde belirlenmiştir : “Yaşı ve hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle korunma ve gözetim altında bulunması gereken kişi”

TCK 97/1. maddesinde mağdurun yaşı ya da hastalığı yönünden bir ölçü getirilmemiştir. Yaş ve hastalık yönünden önemli olan, bu sebeplerin mağdurun kendini idare edemeyecek duruma getirmesidir. “Kendini idare edemeyecek kimse, başkalarının yardımı olmadan yaşayamayacak kimse” olarak anlaşılmaktadır²⁷.

Hastalığın sürekli veya geçici, psikolojik veya fiziksel olması önemli değildir. Ancak, yatalak olma derecesinde ağır düşkünlük ya da körlük ve sağırlık hallerinin hastalık olarak kabul edilebilir edilemeyeceği tartışmalıdır.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, “mağdurun kendisini idare edemeyecek hale gelmesi her çeşit ağır ve çok önemli fiziksel ve ruhsal değişikliktir. Hastalık kavramının tıbbi anlamda ele alınması doğru olmayacaktır”²⁸. Diğer görüşe göre ise, bedensel engellerin hastalık kavramı içinde değerlendirilmesi kıyas tehlikesini doğurması nedeniyle sakıncalıdır²⁹. **Yenerer Çakmut**’a göre, “körlük, sağırlık gibi herhangi bir nedenden kaynaklanan engellilik hali veya sarhoşluk gibi durumlar hastalık olmakla birlikte, kişinin kendini idare etmesine olanak tanımayan ve bu nedenle de koruma ve gözetim altında bulundurulmayı gerektiren hallerdir. Söz konusu durumların madde kapsamı içine girdiğini söylemek, hastalık kavramının anlamına uygun düşmeyecektir. Bu yaklaşımı ceza hukukunda mümkün olan genişletici yorumla da açıklamak mümkün görünmemektedir. Her ne kadar maddenin amacına bakarak yasa koyucunun bu halleri de madde kapsamı içinde düşündüğünü ifade etsek de, yasallık ilkesi çerçevesinde bu kabul edilemez”³⁰.

c. Hareket

Suçun hareketi, kanunda, “kişiyi kendi haline bırakmak” olarak belirlenmiştir. Terk etmek, bırakmak, ayrılmak, vazgeçmek, bakmamak, kişisel bağları koparmak anlamını taşımaktadır³¹.

²⁶ **Yenerer Çakmut**, 5; Yar. 8. CD., 15.04.1996 tarihli ve 2134/2389 sayılı kararında, torununun evlilik dışı iki aylık çocuğunu “umumi tuvalette bir dolap üzerine” bırakmasında, bu duruma dolaylı olarak değinilmektedir.

Benzer bir olay, Yar. 8. CD’nin 04.02.1998 tarihli ve 98219/1063 sayılı kararında, torununu cami avlusuna bırakan anneannenin hareketi olarak belirtilmektedir. Bkz. **Gündel, Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt II, Ankara 2009, s. 2345.

²⁷ **Yaşar - Gökcan - Artuç**, Türk Ceza Kanunu C. III, 3179.

²⁸ Bkz. **Yenerer Çakmut**, 60; **Dönmezer**, 182.

²⁹ Bkz. **Yenerer Çakmut**, 61; **Erman - Özek**, 219-220.

³⁰ Bkz. **Yenerer Çakmut**, 61.

³¹ Bkz. **Yenerer Çakmut**, 62; **Yaşar - Gökcan - Artuç**, Türk Ceza Kanunu C. III, 3180.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Hareket, icrai bir şekilde olabileceği gibi, ihmali olarak da gerçekleşebilir. Mağduru bir yere götürüp bırakmak ve oradan ayrılmakta icrai hareket gerçekleşmektedir. Oysa, mağduru bulunduğu yerde aç ve susuz bırakmak, mağdurun bulunduğu yerden ayrılıp gitmek, ihmali hareketi teşkil etmektedir³².

Hareketin meydana gelebilmesi için mağdurun bırakıldığı yerde korunmasız, gözetimsiz kalması aranmaktadır. Bu nedenle, çocuk yuvasının kapısı önüne küçük yaştaki çocuğu bırakıp kapının açılmasından sonra çocuğu gözetlediği yerden ayrılan sanığın eyleminde terk suçunun bulunmadığı³³; namaz kılan cemaatin görebileceği şekilde caminin içerisindeki ayakta kalma çocuğun bırakılmasında³⁴, terk suçunun meydana gelmediği sonucuna ulaşılmıştır. Aynı şekilde, kadının çocuğunu bir başkasına teslim ettikten sonra almaması, doğurduğu çocuğu babası saydığı erkeğin çadırına bırakması, çocuğunu parktaki kanepelerden biri üzerine bıraktıktan sonra, uzağa çekilerek, bir başka kişinin onu almasına kadar orada beklemesi hallerinde, terk suçunun gerçekleşmediği belirtilmiştir³⁵.

Buna karşılık, Yar. 8. CD.'nin 04.10.2004 tarihli ve 2003/5866 E., 2004/7370 K. sayılı kararının "karşı düşüncesinde" şu husus ileri sürülmüştür :

*"...Diğer yandan bu suç "zarar" suçu olmayıp "tehlike" suçudur. Oluşması için küçüğün veya malulün terk sebebiyle bir zarara uğramış bulunması aranmadığı gibi, terk yerinin, terk biçiminin, terk süresinin ve nihayet terk saikinin de bir önemi yoktur. Sanığın bakım ve koruma vazifesinin icaplarını yerine getirmeyerek mağdurun sağlık ve sıhhatini, güvenlik ve geleceğini tehlikeye sokması, suçun teşekkülüne yeterlidir. Üçüncü bir şahsın davranışıyla, örneğin terk mahallinden geçen bir şahsın mağduru görmesi veya olayda olduğu gibi, tesadüfen ağlamasını işiten birinin yanına gelerek ilgilenmesi sebebiyle tehlikenin gerçekleşmemiş olması, suçun varlığını ortadan kaldırmaz. Zira suç genel teorisine göre, suçu oluşturan ve sonuçlaştıran eylem, her zaman failden kaynaklanan bir eylem olmalıdır. Suçun teşekkülünün üçüncü bir şahsın hareketine bağlanması suç genel kuramına uygun düşmez..."*³⁶

Suçun zarar suçu olmayıp tehlike suçu niteliğini taşıması³⁷ ve tamamlanması için mağdur üzerinde zararlı bir sonucun meydana gelmesinin gerekmemesi bu düşüncenin haklı olduğunu söyleyebilme olanağı yaratmaktadır. Bu görüşün yanı sıra, Yar. 8. CD.'nin 27.05.2002 tarihli ve 2001-12459/6308 sayılı kararının karşı düşüncesinde şu görüş ileri sürülmüştür:

³² Bkz. TCK. 97. maddenin gerekçesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00; Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu C. III, 3177; Yenerer Çakmut, 63.

³³ Yar. 8. CD., 26.11.2007 tarihli ve 5727/8240 sayılı kararı için Bkz. Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt III, Ankara, 2009, s. 2498.

³⁴ Yar. 8. CD., 04.10.2004 tarihli ve 2003/5866 E. - 2004/7370 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.tr.

³⁵ Bu örnekler Yar. CGK. 04.11.2003 tarihli ve 8-211/258 sayılı kararında verilmiştir. Bkz. www.kazanci.com.tr.

³⁶ Karşı düşünce, Özek, M. Hulusi, Bkz. Yar. 8. CD., 04.10.2004 tarihli ve 2003/5866 E., 2004/7370 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.tr.

³⁷ Bkz. Yar. CGK. 04.11.2003 tarihli ve 8-211/258 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr; Bkz. Yenerer Çakmut, 64.

“...Yasadaki “kendi başına” tabirinin kimsenin olmadığı yer anlamında olmayıp bakmakla yükümlü kimsenin olmadığı durumları amaçladığı açıktır. Anne çocuğunu bakıp gözetmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük hem bedeni, hem de ruhi tehlikelerden sakınacak biçimde yerine getirilmelidir. Bakmakla mükellef tutulmayacak kimseye çocuğun bırakılmış olması, sanığı yasal sorumluluktan kurtarmaz. Terk edilen bebeğin nezaret ve muhafazadan mahrum duruma düşmesi yeterli olup terk olunan yerin insanlardan hali olması gerekmez. Zira bu durum şiddet sebebidir...”³⁸

Ancak, madde içerisinde yer alan “kendi haline” terk etme durumu, farklı düşüncenin de ileri sürülebilmesine imkan tanımaktadır.

d. Netice

Suç, çocuk ya da hastanın korumasız ve gözetimsiz kendi haline terk edilmesi ile meydana gelmektedir. Somut olayın özelliğine göre suç, daha çok, neticesi harekete bitişik suç şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak terk anında, çevrede insanların bulunması ve daha sonra mağdurun kendi haline kalması durumunda hareket ve netice birbirinden ayrılmakta ve neticesi hareketten ayrı suç niteliği ortaya çıkabilmektedir.

e. Teşebbüs

Terk suçu, teşebbüse elverişli bir suçtur. Failin, küçük ya da bakım ve gözetime muhtaç kişiyi, kimsenin bulunmadığı bir yerde bırakıp giderken, başkaları tarafından görülmesi, yakalanması ve mağdurun kurtarılmasında, eylem teşebbüs halinde kalmaktadır.³⁹

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suç ile ilgili kanunda bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır. Ancak eylemin oluş varsayımları içinde “ıztırar hali – zorunluluk hali” düşünülebilir. Failin kendisinin sebep olmadığı bir tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının bulunmadığı bir durumda “yaşı ya da hastalığı nedeniyle kendini koruyamayacak mağduru” kendi haline terk etmesi halinde TCK. 25/2. maddenin uygulanabilirliği söz konusu olabilmektedir.⁴⁰

5. Manevi Unsur

Terk suçu ancak kasten işlenebilir. Fiilin tedbirsizlik ve dikkatsizlikle işlenebileceğine dair kanunda bir açıklık olmadığından, taksirle işlenmesi söz konusu olmamaktadır.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 09.11.2004 tarihli ve 2004/627 Esas ve 2004/3777 Karar sayılı hükmünde, nitelemesini yapmadan olası kast ile ilgili bir yorum yapmıştı. Evlilik dışı bir ilişki sonucu dünyaya gelen bebeği doğumdan beş - altı saat sonra, kışın ince bir beze sarıp, ağzını nefes almasına engel olacak şekilde tamamen kapatarak şehrin uzak bir mahalline bırakan sanığın, “sadece terk iradesi ile hareket ettiğini

³⁸ Karşı düşünce Aslan, Z., Bkz. Yar. 8.CD., 27.05.2002 tarihli ve 2001-12459 / 6308 sayılı Karar; Bkz. www.kazanci.com.tr.

³⁹ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3183; Aksi Görüş: Yenerer Çakmut, 70.

⁴⁰ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3182 - 3183; Yenerer Çakmut, 66; Özbek, 509.

kabul etmenin mümkün olmadığı, eylemin gerçekleştirilişi biçimine göre ölümün beklenir zorunlu bir sonuç olduğu” açıklaması ile örtülü şekilde olası kast’a işaret edilmiştir⁴¹.

6. Suçların Birleşmesi

Terk suçunun aynı mağdura karşı, aynı suç işleme kararı çerçevesinde birden fazla işlenmesi durumunda, koşulları bulunduğu TCK. 43. maddesi uygulanabilmektedir⁴².

Terk edilen, kendini idare edemeyecek durumda olan kişi ile failin aynı konutta birlikte yaşamaları halinde, TCK. 97/1 ile TCK. 232 maddesindeki kötü muamelede bulunma suçu da gerçekleşebilmektedir. Bu durumda Yaşar - Gökcan - Artuç, fikri içtima durumunun bulunduğunu ileri sürmektedir.⁴³ Kanaatimizce bu durumda, özel hüküm – genel hüküm ilişkisi nedeniyle ve terk suçuna ilişkin TCK. 97/1’in, kötü muamelede bulunmayı düzenleyen TCK 232. maddesine göre özel bir hüküm olması-na göre terk suçuna ilişkin maddenin uygulanması gerekecektir.

Suçların birleşmesi ile ilgili bir başka sorun, TCK. 97/2’de öngörülen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta görülmektedir. **Yenerer Çakmut**’un ortaya attığı ilginç sorun da, terk edilen birden fazla kişinin ölmesi durumunda zincirleme suça ilişkin hükmün uygulanabilip uygulanamamasıdır. Yazar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun ortaya çıkması ile ilgili sorunu şu şekilde belirtmekte ve çözüm önermektedir :

“...Terk sonucu ortaya yaralanma veya ölüm neticesi çıkarsa acaba failin işlediği fiil yine terk suçu mu sayılacaktır yoksa kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına mı dönüşecektir?... Terk suçunda failde mağduru yaralamak veya öldürmek kastı değil, terk etmek kastı bulunur. Ancak bu terk sonucunda mağdur yaralanmış veya ölmüş olursa yasa koyucu fail hakkında belirlenecek ceza bakımından, TCK. m.97/2 gereğince, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla ortaya çıkan ağır neticeye göre yasadaki ilgili maddelerde (TCK.m.81-89) belirlenmiş cezalar çerçevesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmü de dikkate alınarak fail hakkında TCK. m.97/2’ye göre hüküm kurulması söz konusu olacaktır. Burada failin işlediği suçun niteliğinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır. O halde tek fiille birden fazla mağdura karşı işlenen terk fiili sonucu birden fazla mağdur yaralanır (veya hastalığa yakalanır) veya ölürse, TCK. m. 43/2 gereğince fail hakkında zincirleme suç hükmünün uygulanması söz konusu olabilecektir.”⁴⁴

Yazarın, bu ilginç sorundaki çözümüne katılamamaktayız. Fail, terk eylemini kasten yaptığına ve bunun sonucunda oluşan adam öldürme ya da yaralama suçunu meydana getiren süreci kasten başlattığına göre, TCK. 23. madde gereğince neticesi sebebiyle meydana gelen suçtan sorumlu olacaktır. Fail bu varsayımda artık terk suçundan değil, neticesi sebebiyle öldürme ya da yaralamadan sorumlu tutulmaktadır.

⁴¹ Bkz. Yar. 8.CD., 09.11.2004 tarih ve 2004/627 E., 2004/3777 K. sayılı kararı, www.kazanci.com.tr.

⁴² **Yenerer Çakmut**, 72; **Özbek**, 569.

⁴³ Bkz. **Yaşar - Gökcan - Artuç**, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3184.

⁴⁴ **Yenerer Çakmut**, 72.

Bu nedenle, söz konusu durumda zincirleme suçla ilişkin hüküm TCK. 43/son gereğince uygulanamayacaktır.

7. Yaptırım

Suçun cezası “üç aydan iki yıla kadar haptir”.

TCK. 97/2. maddede mağdurun bir hastalığa yakalanması, yaralanması ya da ölmesi durumlarında, “neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç” hükümlerinin uygulanacağı açıklanmaktadır.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç, TCK 23. maddede yer almaktadır. Madde aynen şu şekildedir:

“...Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir...”

Maddede belirtilen, kişinin en azından taksirle hareket etmesinin anlamının ne olduğunu sormak yararlı olacaktır. Sorunun başka bir şekilde sorulması, karşımıza şu sorunu çıkarabilecektir: Taksirle hareketin sonucunda TCK 97/2 ve 23. nedeniyle TCK 86 veya 81. maddelerinden biri uygulanabilecek midir? Terk fiilinin ancak kasten işlenen bir suç olduğu dikkate alındığında, süreç içinde taksirli hareketin yeri nerede ve nasıl olacaktır? **Kanaatimizce**, TCK 97/2. maddesinin TCK 23 aracılığıyla uygulanması ancak icra hareketlerine kasten başlanan durumlarda söz konusu olabilmelidir. Bu düşünce çerçevesinde de, yapılan hareket ile (terk), oluşan netice arasında, karma uygunluk görüşü içerisinde nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, karma uygunluk görüşünün sadece objektif takdir aşamasında kalınacaktır. Terk ile gerçekleştirilen hareketin “müşterek hayat tecrübeleri” çerçevesinde neticeyi meydana getirebilip getiremeyeceği dikkate alınacaktır.

B. Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu

1. Genel Olarak

TCK. 98. maddesinde düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu önceki Ceza Kanunu'nun 476. maddesine benzemektedir. İki madde arasındaki benzer ve farklı yönleri ayrıntılı olarak değinilecektir. Önceki Ceza Kanunu'nun konuyu daha ayrıntılı ve olaycı bir yaklaşımla düzenlediğini, yürürlükteki kanunun ise daha soyut bir düzenlemede bulunduğunu belirtmek mümkündür.

2. Korunan Hukuki Yarar

Çeşitli nedenlerle kendini idare edemeyecek durumda olan kişiye yardım etmemenin ya da bu nitelikteki bir kişinin durumunu yetkili kurumlara bildirmemenin ahlaki yükümlülüğün⁴⁵ insanlık ve vatandaşlık görevinin⁴⁶ ihlali olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla, yardım etmek, bildirimde bulunmak insani ve vicdani gereklilik⁴⁷ olarak orta-

⁴⁵ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3188.

⁴⁶ Malkoç, İsmail, Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara, 2007, 618.

⁴⁷ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, İstanbul, 2006, 354.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ya çıkmaktadır. Toplum içinde yaşayan herkes diğer kişilerin kötü durumları karşısında duyarsız kalmamalıdır⁴⁸.

Bu çerçevede, zor ve yardıma muhtaç durumda olan kişiye yardım etmemenin suç olarak düzenlenmesi ile korunan hukuki yararın, “insanların birbirlerine yardım etmelerinin gerekli oluşunu belirleyen” ahlaki ve insancıl davranış biçiminin, varlığın korunması olduğu ileri sürülebilmektedir. Bu ahlaki kuralın aynı zamanda toplumsal dayanışmanın bir gerekliliği olduğu da belirtilmektedir: “Toplumda birlikte yaşamının, karşılıklı dayanışma gereğinin sonucu olarak toplumun bütün bireylerine yüklenen bir sorumluluk söz konusudur”⁴⁹.

Korunan hukuki yararı, suçun konusu durumundaki yardıma muhtaç kişi açısından irdeleyen yazarlar, burada kişinin vücut bütünlüğünün⁵⁰ ve yaşam hakkının⁵¹ korunduğunu ileri sürmüşlerdir.

Korunan hukuki yararı bu şekilde, iki yönden saptayabilmek mümkündür. Bir yandan ahlaki, insancıl yükümlülüklerin ve toplumsal dayanışma duygularının korunduğu, diğer yandan kişinin vücut bütünlüğünün, sağlığının ve hayatının devamlılığının sağlanması korunan hukuki yarar olarak ortaya çıkmaktadır.

3. Maddi Unsur

a. Fail

Suçun faili herkes olabilir.⁵² Kanunda failin sıfatı ya da özelliğine ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır, yalnız “yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi” denilmiştir. Böylece fail, yardım etmeyen ya da durumu bildirmeyen kişi olmaktadır.

Fail ile yardım edilmeyen kişi arasında, TCK. 97. maddenin aksine, bir hukuki ilişkinin, akrabalık bağlantısının, koruma ve gözetim yükümlülüğünün, bulunması aranmamaktadır.⁵³

Failin kamu görevlisi olması durumunda, koşulları olduğunda TCK 279. maddesi⁵⁴ uygulanacak, incelenen suçun sınırları dışına çıkılacaktır.

“Failin kendi fiili sonucu yaşamsal tehlike doğurabilecek şekilde yaralanmasına neden olduğu mağdura yardımda bulunma yükümlülüğüne uymaması durumunda” incelenen madde değil, TCK 83. maddesi tartışma konusu olabilecektir.⁵⁵

Fail, mağduru bu duruma sürükleyen kişi olabileceği gibi, mağdurla önceden hiçbir ilişkisi olmayan bir kişi de olabilir. Mağdurun, yaralanmış kişi olması varsayımında, yaralayan kişinin fiilinden sonra mağdura yardım etmemesi durumunda hem kasten yaralama ve hem de yardım ya da bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme

⁴⁸ Şen, 354.

⁴⁹ Gerçekler, Hasan, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Ankara, 2011, 1305.

⁵⁰ Özbek, 572; Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3188.

⁵¹ Özbek, 572; Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3188.

⁵² Gerçekler, 1314; Özbek, 573.

⁵³ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3193; Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. II, 2348.

⁵⁴ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3188.

⁵⁵ Bkz. Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. II, 2348.

suçlarının faili olacağı ileri sürülürken⁵⁶, failin yalnız yaralamadan sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe katılmamaktayız.

Mağdura trafik kazası sonucunda yardım etmeyen ya da ilgili yerlere bildirmeyen kişi, TCK. 98. madde anlamında fail olmayıp, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 82/a. bendi gereğince sorumlu olacaktır. Söz konusu Kanunun 82/a. maddesine göre, kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücüleri, kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürmeye mecburdurlar.⁵⁷

Bu belirlemeler bize şu hususu göstermektedir ki, incelenen suçta herkes fail olabilir, ancak, fail yardım etmeden önce mağduru yaralamış ise, artık bu suçun faili olmayacağı gibi, koruma ve gözetim yükümlülüğü altındaki kişi hakkında da TCK 97. madde uygulanacaktır. Aynı şekilde TCK 83. maddenin veya Karayolları Trafik Kanunu 82/a. maddesinin uygulanabildiği durumlarda artık TCK 98. maddesi uygulanmayacaktır.

Şu hususu da belirtmemiz gerekir ki, TCK 98. maddenin kenar başlığında yer alan “yardım ve bildirim yükümlülüğü” ve aynı zamanda ikinci fıkrasında yer alan bu terim ve niteleme tartışılabilir bir özellik taşımaktadır. Bununla toplumda bulunan kişilere hukuki bir yükümlülük yüklenmektedir. Oysa kimse böyle bir yükümlülük altında bulunmamaktadır ve bulunmamalıdır. Önceki Ceza Kanunu'nun 476. maddesinde bu terim yer almamakta idi, aynı şekilde bugünkü TCK 98/2. maddesi de önceki TCK'nda yoktu.

Gerek yükümlülüğün öngörülmesi ve gerekse TCK 98/2. maddesindeki düzenleme hukuki yükümlülüğü kuvvetlendirmektedir.

b. Mağdur

Suçun mağduru, yaşı, hastalığı ya da herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumdaki kişidir.

TCK. 98/1'de, önceki Ceza Kanunumuzdan farklı olarak yaş sınırı belirtilmemiştir. Önceki TCK 476. maddede yedi yaşından aşağı kişiden söz edilmesine rağmen bugün böyle bir sınır bulunmamaktadır.

Aynı şekilde önceki Kanunda akıl veya beden hastalığına uğramış kişiden, ölü ya da ölüye benzer bir cesetten söz edilmiş olmasına karşın TCK 98/1'de bu ayrıntılara ve somut belirlemelere gidilmeden sadece yaş, hastalık ya da yaralanma nedeniyle kişinin kendini idare edemeyecek durumda olması ortaya konulmuştur. Böylece yaşlılar, sarhoşlar, uyuşturucu madde kullanmış kişiler, yatalaklar, gözleri görmeyenler, kulakları sağır olanlar⁵⁸ kendilerini idare edemeyecek kişi sayılacaktır.

⁵⁶ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3188.

⁵⁷ Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. II, 2348.

⁵⁸ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3188 – 3189.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Kişinin kendini idare edememesi sebepleri sınırlı değildir, bunun pek çok sebebi olabilir⁵⁹, trafik kazası, deniz kazası, deprem⁶⁰, cadde veya sokakta, bir alış-veriş merkezinde tek başına dolaşmakta olan üç veya dört yaşındaki çocuğun durumu⁶¹ gibi.

Verilen örneklerden giderek, kişinin kendini idare edemeyecek durumda olması, bir başkasının yardımı olmadığı takdirde hayatına, sağlığına veya vücut bütünlüğüne ağır bir tehlikenin bulunduğu bir halde olması şeklinde anlamak, uygun olmaktadır.⁶²

c. Hareket

Suçun hareketi, kanunda yardım etmeme ve bildirmeme şeklinde belirtilmiştir. Yardım etmeme, mağdurun durumunu düzelterek fiili müdahalede bulunmamayı ifade etmektedir. Bildirmeme ise, öğrenilen, bilinen olayı yetkililere haber vermeme anlamını taşımaktadır.

Yardım etmeme, çeşitli şekillerde olabilir: yerde yatmakta olan kimsenin durumunu araştırmama, kalkmaya çalışan kişiyi kaldırmama, aç olan kişiye hiçbir şey vermeme gibi... Bildirimde bulunmama ise sözle, telefonla, elektronik posta ile, durumu iletmeme⁶³ şeklinde meydana gelebilir.

Suç bu özelliği itibarıyla, ihmali bir suçtur. Failin hareketsizliği ile netice oluşmakla, suç neticesi harekete bitişik suçtur.⁶⁴

Suç, ilke olarak bir tehlike suçudur. TCK 98/1. maddesindeki suçun meydana gelmesi için "failin hareketi sonucu zararlı neticenin meydana gelmesi şart değildir."⁶⁵

Hareket, yardım etmeme veya bildirmeme ile meydana geleceğinden, suç seçimlik hareketli suçtur⁶⁶; Sadece yardım etmeme veya sadece bildirmeme ile suç tamamlanacaktır. Yardım eden kişinin, durumu ilgili makamlara bildirmemesi durumunda suçun meydana geldiği artık ileri sürülmeyecektir. Doktrinde **Şen, Yaşar - Gökcan - Artuç**, bu görüşe karşı çıkarak, şu hususu savunmaktadırlar. **Şen**'e göre:

"Yardım etme imkanı olduğu halde yardım etmeyen, fakat sadece yaralının durumunu ve yerini yetkili makama bildiren fail, yardım yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunu; yaralıya yardım ettiği halde durumu yetkili makama bildirmeyen ve bekleme imkanı olmasına rağmen olay yerinde beklemeyen fail de bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunu işlemiş sayılacaktır. Ancak hükmün yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak iki seçimlik hareket gösterdiği, bunlardan birisini icra eden failin suçun maddi unsurunu tamamlamış kabul edileceği, cezai sorumluluğun doğması bakımından iki yükümlülüğün de yerine getirilmemesine ihtiyaç bulunmadığı, hükümde "ve" bağlacının değil "ya da", "veya" bağlaçlarının kullanıldığı, bu sebeple madde metninde gösterilen iki yükümlülükten birisini yerine geti-

⁵⁹ Gerçekler, 1314; Özbek, 573.

⁶⁰ Özbek, 573.

⁶¹ Şen, 355.

⁶² Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, 1584.

⁶³ Bkz. Gerçekler, 1314; Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3190.

⁶⁴ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3190.

⁶⁵ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3190.

⁶⁶ Özbek, 573.

ren kişiden diğerinin beklenmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu düşünceye “seçimlik hareket” hususunda katılmakla birlikte, somut olayın özellikleri gereği iki yükümlülüğün yerine getirilmesi zorunluluğu ve imkanı doğmuşsa, bu yükümlülüklerden birisini yapan, fakat keyfi olarak diğer yükümlülüğü yerine getirmemek suretiyle mağdurun yaşamını tehlikeye düşüren failin cezai sorumluluğu varlığını sürdürecektir.

Bununla birlikte, maddede gösterilen iki yükümlülükten birisini yaparak, mağdurun kurtulmasını sağlayan faili sorumlu tutmamak gerekir. Hükmün gerekçesinde de gösterildiği üzere, olayın meydana geldiği yerde veya yakınında mağdura yardım etmeye yönelik bir müessese, hastane veya teşkilatlanma varsa, bu halde failin yegane yükümlülüğü durumdan haberdar olmayan yetkili makamları bilgilendirmek olacaktır. Ancak bu şekilde bir teşkilatlanma olmadığı ve durum fail tarafından bilindiği halde, eğer fail yardım yükümlülüğünü somut hal ve şartlar elverdiği ölçüde yerine getirmemekte, sadece olayı yetkili makama bildirip, olay yerini terk etmekte ise, yardım yükümlülüğünü yerine getirmemek suçu işlenmiş olacaktır. Kanun koyucu, yardım yükümlülüğü ve bildirim yükümlülüğü çerçevesinde kademeli, yani birisini yerine getirenin diğerinden sorumlu tutulmayacağı tipinde bir suç şekli öngörmemiştir⁶⁷.

Bu düşünceye katılamamaktayız. Seçimlik hareketli suçlarda kanunda öngörülen hareketlerden birinin yapılması halinde suç meydana gelmektedir. Kurala, Şen ve Yaşar - Gökcan - Artuç gibi istisna getirilmesi, yorumda, yerindelik yaklaşımına üstünlük tanımak, kanunilik ilkesine aykırı tutuma girmek anlamını taşıyacaktır.

Suçun var olabilmesi için mağdurun yardıma gereksinimi olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, mağdurun kendini idare edemediği anda ona yardım edilmemesi gerekecektir. Başka bir deyişle zarar halen var olacaktır. “Failden beklenen yardım, mağdur için halen var olan zarar ve tehlikenin genişlememesine yönelik ve buna uygun koruyucu faaliyetler olabilir”⁶⁸. Dolayısıyla zararın ortadan kalkması ya da zararın beklenir olması durumlarında hareketin oluştuğu ileri sürülemeyecektir.

Hareketin gerçekleşebilmesi için yardım etmenin imkan dahilinde olması gerekmektedir. TCK 98/1’de “hal ve koşulların elverdiği ölçüde” denilirken bu özelliğe yer verilmiştir. Failin yardım edebilme ya da bildirme imkanının olmadığı durumlarda suçun oluşmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Hal ve koşulların elverişli olup olmadığı konusunda olayın özellikleri ve failin sübjektif durumu göz önüne alınacaktır⁶⁹. Bu sebeple yapılacak yardımın, koşullar çerçevesinde istenebilecek normal⁷⁰, büyük fedakarlıkta bulunulması gerekmeyen bir yardım olması gerekmektedir.⁷¹ Denizde boğulmakta olan bir kişiye, yüzme bilmeyen⁷² ya da deniz çok dalgalı olduğu için denize girmeyen kişinin yardımında bulunmadığı ileri sürülemeyecektir. Aynı şekilde, kendisinden yardım istenen kişi, yardım edebilecek bilgi ve yeteneğe sahip olmalıdır; örne-

⁶⁷ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3190.

⁶⁸ Bkz. Parlar - Hatipoğlu, 1584.

⁶⁹ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3191.

⁷⁰ Malkoç, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. I, 618.

⁷¹ Parlar - Hatipoğlu, 1584.

⁷² Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3191; Parlar - Hatipoğlu, 1584.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ğin ilk yardım bilgileri yoksa ya da kötü hava koşulları nedeniyle yardım edememe durumu var ise⁷³ suçun oluşmadığı sonucuna varmak gerekecektir.

“Mağdura başkalarının da yardımında bulunması halinde, yapılan yardım, başka bir yardımda bulunmayı gerekli olmaktan çıkarmışsa, failin yardım etmemesi suç teşkil etmeyecek; buna karşılık failin de yardıma gitmesini gerektirecek durumlar mevcutsa yardım yükümlülüğü devam edecektir”⁷⁴.

Kendini idare edemeyecek durumda olan kimsenin yardımı reddetmesi durumunda, yardım etmemenin suçu meydana getireceği belirtilmiştir⁷⁵. Ancak yardımı reddetme, yardım edememe durumunu yaratmışsa, artık suçun varlığından söz edilememesi gerekmektedir.

Yardım yükümlülüğü, işlenmekte olan bir suça engel olma yükümlülüğü anlamını taşımamaktadır. Dövülmekte olan mağdura yardım etme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmemektedir⁷⁶.

Kanunda, bildirme yükümlülüğünün derhal ve ilgili makamlara olması aranmıştır. Derhal bildirme, yardıma muhtaç olan kimsenin zor durumdan kurtulmasını sağlayan zamanı ifade etmektedir⁷⁷. Gecikme, geç bildirme, kişinin zor durumunu devam ettirici zamanda bildirme, suçun meydana gelmesini sonuçlayacaktır.

Kanunda “ilgili makamlara” bildirmeme şeklinde bildirim yeri gösterilmiştir. Makam sözcüğü, polis, jandarma, belediye zabıtası, hastane, sağlık ocağı gibi kamu görevlisi veya kamu kuruluşlarını ifade etmektedir⁷⁸. Kanaatimizce, bildirme yükümlülüğü altında olan kişinin, özel kurumlara, özel hastane, hekim, poliklinik gibi yerlere bildirmesinde suçun meydana gelmediği kabul edilmelidir.

Bildirmeme, yardıma muhtaç olan kişinin durumunun bildirilmemesi olacaktır, bir suçun ya da olağanüstü bir halin, örneğin, bir yangının bildirilmemesi durumunda incelenen suç gerçekleşmeyecektir.⁷⁹

d. Teşebbüs

Suç ihmali ve neticesi harekete bitişik bir suç olmakla teşebbüse elverişli değildir.⁸⁰

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK 98/1. maddede fiilde hukuka aykırılığı kaldıran bir sebep dikkate alınmamıştır. Ancak “hal ve koşulların elverdiği ölçüde” şeklindeki bir belirlemeden giderek yardım etmeyen kişinin, yardım etmesini engelleyici bir sebep ya da zorunluluk hali var ise yardım etmeme artık hukuka aykırı olmayacaktır. Örneğin, bulaşıcı hastalıktan muzdarip bir kişiye yardım edilememesi gibi...⁸¹. Zorunluluk halinde, tehlikeden kurtulma yardım edememenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmakla beraber, maddede hal ve

⁷³ Özbek, 573; Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yay., 2007, 157.

⁷⁴ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3191; Gerçekler, 1314.

⁷⁵ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3189; Parlar - Hatipoğlu, 1584.

⁷⁶ Parlar - Hatipoğlu, 1584.

⁷⁷ Bkz. Parlar - Hatipoğlu, 1583; Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3190.

⁷⁸ Bkz. Özbek, 573; Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3190.

⁷⁹ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3189.

⁸⁰ Özbek, 574; Parlar - Hatipoğlu, 1585.

⁸¹ Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3192.

koşulların elvermesi şeklindeki bir belirleme zorunluluk halinin koşullarını genişletebilmektedir.

5. Manevi Unsur

Suç kasten işlenebilen bir suçtur.⁸² Kanunda failin saiki ile ilgili bir belirleme bulunmadığından saikin önemi yoktur.⁸³

Suçun meydana gelmesinde, failin taksirli olması yeterli değildir, TCK 98/1’de taksire ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

6. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hal

TCK. 98/2. maddesinde ilginç ve çeşitli sorunlar yaratabilen bir düzenleme yapılmıştır. Fıkra aynen şöyledir :

“Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

Fıkranın uygulanmasında şu varsayımlar meydana gelebilir :

1) Failin yardım etmemesi, ile başlayan süreç sonunda mağdur ölmüşse müşterek hayat tecrübelerine ve çoğunlukla meydana gelen olaylar çerçevesinde yapılacak objektif değerlendirmeye göre mağdurun içinde bulunduğu şartlar içinde ölüm neticesi meydana gelebilecek iken, yardım etmeyen kişi bu sonucu dikkate almamışsa, bu durumda TCK 98/2. maddesi değil, TCK 85. maddesi uygulanabilecektir.

2) Failin yardım etmeme şeklindeki eyleminin kaynağında, mağdurun ölebileceği yönünde bir düşünceye rağmen fail yardım etmeme şeklindeki hareketsizliğini korumuş ise, bu durumda olası kast dolayısıyla fail TCK 81. maddeden sorumlu olabilecektir.⁸⁴

3) Failin hareketsizliği TCK 83. madde çerçevesine girebiliyorsa, yani fail kanuni veya sözleşmesel yükümlülüğe rağmen yardım etmemiş ve ölüm neticesi de meydana gelmişse, bu durumda TCK 81 ve 83/2. maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.

4) Bu varsayımların dışında, TCK 97/2. maddede açıkça netice sebebiyle ağırlaşmış suça yollanmada bulunulup TCK 98/2’de aynı yola gidilmemesi hatalı bir düzenlemeyi ortaya çıkarmaktadır. TCK 98/2’nin ancak 85 veya 81. maddelerin uygulanamaması halinde söz konusu olabileceğini belirtmek uygun olacaktır.

7. İştirak

Suç iştirak halinde işlenebilmektedir. Birden fazla failin yardım etmemesi ya da bildirmemesinde, azmettirme, diğer iştirak çeşitlerinden daha çok ortaya çıkmakla birlikte⁸⁵, olayın özelliklerine göre yardım edenler de bulunabilir; tıpkı yardım edemeyip bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeye hazırlanan kişinin bildirmesini geciktiren kişinin eylemi gibi...

⁸² Bkz. Gerçekler, 1315; Şen, 354.

⁸³ Parlar - Hatipoğlu, 1585.

⁸⁴ Bkz. Parlar - Hatipoğlu, 1585.

⁸⁵ Bkz. Yaşar - Gökcan - Artuç, Türk Ceza Kanunu, C. III, 3192; Parlar - Hatipoğlu, 1585.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

8. Suçların Birleşmesi

1) İncelenen suç yönünden, suçların birleşmesi ile ilgili ortaya çıkan ilk sorun “fikri içtima” halidir. TCK. 44. maddesinde belirtilen fikri içtimada, işlenen tek fiil ile birden fazla suçun meydana gelmesi söz konusu olmaktadır. **Özbek**, tıp mesleği mensubunun tıbbi yardımda bulunmaması halinde hem görevin kötüye kullanılması ve hem de zorda bulunana yardım etmeme suçunun oluşacağını belirtmektedir.⁸⁶ **Şen** ise, otobüs şoförünün, rahatsızlanan yolcuyu terk etmesi sonucunda yolcunun ölmesinde takirle ölüme neden olma ve yardım etmeme suçlarının ortaya çıkması dolayısıyla fikri içtima halinin uygulanması görüşünde olduğunu ifade etmektedir.⁸⁷

Kanaatimizce, fikri içtimanın meydana gelebilmesi için bir fiille birden fazla suçun oluşması gerekmektedir. TCK 44’te belirtilen tek fiil, tek hareket ve tek neticeyi içermektedir. Bu açıdan verilen iki örnekten ancak ilkinde, tek hareket ve tek netice görülmektedir. Bu durum, tıp mensubunun ancak kamu görevlisi olmasında söz konusu olabilecektir. Otobüs şoförünün yardımda bulunmaması ve ölümün meydana gelmesinde iki ayrı netice ortaya çıkacağından, bu durumda fikri içtimadan söz edilememesi gerekmektedir.

2) “Tehlikede bulunan kişiler birden fazla ise, bunlara yardım edilmemesi veya bunların durumlarını bildirmeme halinde zincirleme suç uygulanacaktır”⁸⁸. Gerçekten TCK 43/2. maddesi gereğince birden fazla kişiye aynı anda yardım edilmemesi ya da bir kişiye çeşitli zamanlarda yardım edilmemesi durumunda zincirleme suç durumu ortaya çıkaracaktır.

3) Tehlikede bulunana yardım etmeme ya da ilgililere haber vermeme hareketini düzenleyen bir başka kanun maddesi var ise, bu durumda suçların ya da cezaların birleşmesi sorununun yanı sıra kanunlar ihtilafı sorunu da ortaya çıkabilecektir. Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu’nun 82. maddesinde, trafik kazasından hemen sonra kazaya karışanlara yardım etme zorunluluğu getirilmiştir. Bu durumda cezaların birleşmesini öngörmek, faile iki ayrı ceza vermek bizce doğru olmayacaktır⁸⁹. Karayolları Trafik Kanunu’nun 82. maddesi, TCK 98. maddeye göre özel hüküm olmakla, kanunlar ihtilafındaki “özel hüküm – genel hükümden önce uygulanır” kuralı gereğince, öncelikle uygulanacaktır.

9. Yaptırım

Maddenin 1. fıkrasına göre, yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kimse, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Burada temel ceza olarak adli para cezası seçilirse, 5560 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda alt sınırı 52. madde uyarınca 5 gündür. Ancak 5560 sayılı Yasayla TCK.’nun 61. maddesine eklenen 9. fıkra uyarınca bu tarihten sonra işlenen suçlarda alt sınır otuz gündür. Hapis cezasının altı sınırı ise TCK’nun 49. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bir aydır. Bu fıkrada seçimlik ceza öngörüldüğünden, temel ceza olarak hapis cezası tayin edildiğinde 50. maddenin 2. fıkrası

⁸⁶ Bkz. **Özbek**, 574.

⁸⁷ Bkz. **Şen**, 358.

⁸⁸ **Gerçekler**, 3192; **Parlar - Hatipoğlu**, bu varsayımda zincirleme suçtan söz etmeyip tek suçun oluşacağını belirtmekle yetinmektedirler. Bkz. **Parlar - Hatipoğlu**, 1586.

⁸⁹ Aksi görüş için Bkz. **Şen**, 356.

uyarınca bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi olanağı yoktur. Ancak, 50. madde-deki diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir.

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle ölümün meydana gelmesi halinde ise fail bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Ceza alt sınırdan tayin edildiğinde CMK'nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması, TCK'nun 50. madde-si uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilme hükümleri uygulanabilir. İki yıldan az ceza tayin edildiğinde, 51. madde uyarınca hapis cezası ertelenebilecektir⁹⁰.

C. Kötü Muamelede Bulunma Suçu (TCK m. 232/1)

1. Genel Olarak

TCK'nun 232. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "kötü muamele suçu"⁹¹ 765 sayılı TCK'nun 478. maddesinde yer alan suçun karşılığı olarak düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu iki düzenleme arasında bir takım önemli farklar bulunmaktadır.⁹²

765 sayılı TCK'nun 478. maddesinin yeni düzenlemeden ilk farkı fail ve mağdur bakımındandır. Eski düzenleme uyarınca söz konusu suçun "ailesile birlikte yaşayan oniki yaşından aşağı bir çocuğa veya aile efradından birine" karşı işlenebilmesi mümkündür. Ancak 5237 sayılı TCK'da yer alan suç, bir kimse tarafından "aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine" karşı işlenebilmektedir.

Eski ve yeni kanunlarda yer alan, harekete ilişkin düzenlemeler de farklılık göstermektedir. Bu bağlamda 765 sayılı Kanun'da kötü muamele teşkil eden hareketin "rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette" gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır. Buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesinde kötü muamelenin niteliğine ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamış ve her türlü kötü muamelenin 232/1. maddede yer alan suçu oluşturacağı kabul edilmiştir.

Bunlarla birlikte 765 sayılı Kanun'da 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak, suçun "neseben ve sıhren usul ve fürudan biri" aleyhine işlenmiş olması hali, suçu ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kötü muameleyi aralarında karı – koca ilişkisi olan kişilerden birinin diğerine karşı gerçekleştirmesi halinde ise, 765 sayılı TCK'da suçun takibinin şikayete bağlı olacağı belirtilmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 232/1. maddesinde yer alan suç, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin niteliği ne olursa olsun resen kovuşturulmaktadır.

5237 sayılı TCK'nun 232/1. maddesinde yer alan düzenlemenin 2004 tarihli TCK Tasarısı'nda yer alan "Kötü Muamele" başlıklı 234/1. maddesi ile aynı olduğu

⁹⁰ Bkz. Gerçekler, 1315.

⁹¹ TCK m. 232-1. maddede yer alan bu suç doktrinde "Aynı Konutta Yaşayanların Birbirine Kötü Muamelesi" olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2010, 739 vd.

⁹² İki düzenleme arasındaki benzer farkları ortaya koyan bir eser olarak ayrıca bkz. Yaşar, Osman - Gökcan, Hasan Tahsin - Artuç, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, Ankara, 2010, 6527.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

görülmektedir.⁹³ 2001 tarihli, Dönmezer Tasarısı olarak bilinen TCK Tasarısı'nda ise "Kötü Muamele" başlığı altında 333. maddede yer alan bu suçun şu şekilde düzenlenmesi öngörülmekteydi:

"Aile mensuplarından birine veya onsekiz yaşını bitirmemiş bir çocuğa, merhamet ve şefkatle bağdaşmayacak surette kötü muamelede bulunan kimseye iki aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Fiil, kayın hısımlığından da olsa üstsoy veya altsoya karşı işlenirse ceza üçte biri oranında artırılır".⁹⁴

2. Korunan Hukuki Yarar

Söz konusu suç ile korunan hukuki yarar, aynı konutta birlikte yaşayan kişilerin insan onuru, vücut bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlığıdır.

Ayrıca, suçun "aile düzenine karşı suçlar" başlığı altında yer almasından ve aynı konutta yaşayan kişilerin genellikle "aile" teşkil etmesinden hareketle, aile düzeninin de korunan hukuki yararlar arasında dolaylı şekilde yer almakta olduğu doktrinde ifade edilmektedir.⁹⁵

3. Maddi Unsur

a. Fail ve Mağdur

TCK'nın 232/1. maddesinde "aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse"den söz edilmektedir. Bu açıdan, suçun özgü suç niteliğinde olduğu söylenebilir; zira failin, mağdur ile birlikte yaşama ilişkisinde bulunan bir kişi olması zorunludur.⁹⁶

TCK'nın 232/1. maddesinde yer alan ifade yalnızca aynı konutta birlikte yaşamak şartının getirilmiş olduğu ve fail ile mağdur arasındaki ilişkiye ilişkin herhangi bir belirlemenin yer almadığı görülmektedir. Bu durumda kanununun söz konusu suçun faili ve mağduru bakımından "aile olma", bir başka deyişle "aynı ailenin mensubu olma" şartını arayıp aramadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Konuya ilişkin olarak bazı yazarlar, birlikte yaşama koşulunun gerçekleştirilmesi için, aynı konutta yaşayan kişilerin hukuk ve örfün benimsediği doğrultuda bir yaşam sürmeleri gerektiği görüşündedir. Buna göre, davranış kavramı, sosyal, ailevi ve örfle ilgili kurallara göre değerlendirilecektir. Böylece, aynı konutta yaşayan örgüt elemanları gibi, hukukun ve örfün benimsemediği kişi ve birlikteliklerin madde kapsamında yer alamayacağı, ancak belli durumlarda metresin kapsama dahil olabileceği ifade edilmiştir.⁹⁷

Kanaatimizce, açıklanan bu görüşün "birlikte yaşama koşulunu" belirlemede kullandığı "örfün benimsediği doğrultuda bir yaşam sürmek" ölçütü yerinde değildir.

⁹³ Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL, Yayın No: 3, İstanbul, Ekim 2004, 225.

⁹⁴ Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, 226.

⁹⁵ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 740; Nuhoğlu, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul, 2009, 100 – 101.

⁹⁶ Nuhoğlu, 113.

⁹⁷ Malkoç, İsmail, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Ankara, 2007, 1626.

Söz konusu görüşün ceza hukukunda yeri olmayan örf kurallarını göz önüne alması, hatalı olmasının yanında, keyfi bir uygulamaya da olanak verecek niteliktedir.

Bir diğer görüş ise, maddenin “aile düzenine karşı suçlar” bölümünde bulunmasından hareketle fail ile mağdur arasında, Medeni Kanun’un 367. maddesindeki düzenlemeye paralel şekilde, “geniş anlamda aile ilişkisinin” olması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre aynı konutta birlikte yaşayan fakat aralarında bu tür bir ilişki olmayan kişilerin birbirlerine karşı bu suçu işleyebilmeleri mümkün değildir. Bu bağlamda “aile”de bulunması gereken özellikler ise; i) birden fazla kişinin bir arada yaşaması, ii) aile reisinin otoritesine tabi olarak yaşamayı kabul etmesi, iii) aradaki ilişkinin topluluk üyesini aile reisinin otoritesine tabi tutmayı mümkün kılacak süreklilikte olmasıdır. Ayrıca suçun oluşabilmesi için fail ile mağdur arasında hukuksal bir birliktelik bulunması da gerekmektedir. Bu durumda, aralarında resmi nikah olmadan birlikte yaşayan kişiler tarafından bu suç işlenemeyecektir. Nitekim Medeni Kanun resmi nikah olmaksızın birlikte yaşama haline herhangi bir sonuç bağlamamıştır. Bununla birlikte ev sahibi ile birlikte oturan hizmetçiler, üvey çocuklar, damat ve gelinler madde kapsamında yer alabileceklerdir.⁹⁸

Bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu görüşün açıklandığı eserde, resmi nikah olmaksızın birlikte yaşayan kişilere ilişkin farklı bir görüş savunan ve kanaatimizce oldukça ilgi çekici bir yargı kararına da yer verilmiştir. Ankara 8. Aile Mahkemesi tarafından verilen kararda evliliğin biçimsel koşullarının değil, eylemsel olarak aile olup olmamanın önemli olduğu belirtilmektedir. Bu sonuca varırken Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yakın yaşam arkadaşlığını aile sayan kararlarının ulusal hukuk açısından da bağlayıcı olduğunu belirtmektedir.⁹⁹

Burada Ankara 8. Aile Mahkemesi tarafından da belirtildiği gibi, ulusal hukuk açısından bağlayıcı nitelikte olan AİHM kararlarına ve AİHM’nin konuya bakışına da kısaca değinmek gerekir. AİHM, AİHS’nin 8. maddesi kapsamında “aile yaşamı”nı sadece evlilik ilişkisinden ibaret görmemekte, evlilik dışı yaşam birlikteliklerini de bu kapsamda değerlendirmektedir. Ancak fiili birlikteliklerin aile yaşamı oluşturup oluşturmadığı bazı ölçütlere göre belirlenmektedir. Altını çizmek gerekir ki, söz konusu ölçütlerin bir arada bulunması şart değildir. Somut olaya göre bu ölçütlerden sadece birinin varlığı bile yeterli olabilmektedir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir; i) birlikte yaşama ölçütü, ii) birlikteliğin süresi ölçütü, iii) karşılıklı bağlılığın gösterilmesi ölçütü. Sayılan bu ölçütlerden ilk ikisi birbiri ile yakından ilintilidir. Kısa süreli birlikte yaşam sürme durumları, aile yaşamına saygı hakkı bakımından yeterli olmayabilir. Son ölçüt ise, özellikle birlikte yaşama olgusu olmaksızın, çiftlerin aile yaşamı sürdürdüğü istisnai durumlarda kullanılmaktadır. Buna örnek olarak birlikte yaşamayan ancak çocuk sahibi olan bir çiftin ilişkisinin AİHS m. 8 kapsamında “aile yaşamı” olarak değerlendirildiği *Kroon ve Diğerleri / Hollanda’ya karşı (başvuru no. 18535/91)* davası verilebilir.¹⁰⁰

⁹⁸ Nuhoglu, 102 – 104.

⁹⁹ Ankara 8. Aile Mahkemesi, 2008/108-107 Değişik İş Sayılı Kararı. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Nuhoglu, 104 – 105.

¹⁰⁰ Konuya ilişkin ayrıntı bilgi ve AİHM’nin örnek kararları için bkz. Arslan Öncü, Gülşay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011, s. 264 – 265, 269.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

AİHM'nin yakın tarihli bazı kararlarında eşcinsel birlikteliği de aile yaşamı içinde değerlendirdiği görülmektedir. AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye önemli sayıda devletin eşcinsel birliktelikleri yasal olarak tanıma yolunda çabaları olduğunu belirtmiştir.¹⁰¹ Ayrıca heteroseksüel fiili birlikteliklerle homoseksüel fiili birliktelikler arasında yapılan ayırımı yapay bir ayırım olduğunu ve artık sürdürülmemesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰² AİHM'nin homoseksüel birlikteliklere ilişkin kararları yakın tarihli ve az sayıda olduğundan henüz bunlara ilişkin ölçütlerin içtihadı bağlanamamış olduğu, bu nedenle de heteroseksüel birlikteliklere ilişkin olarak yukarıda değinilmiş olan ölçütlerin, homoseksüel birliktelikler bakımından da geçerli olduğu doktrinde belirtilmektedir.¹⁰³

Konuya ilişkin olarak dikkate alınması gereken diğer bir nokta da "Ailenin Korunmasına Dair Kanun"da 08.03.2012 yapılan değişikliktir. Söz konusu değişiklik ile nikahsız birliktelikler de Ailenin Korunmasına Dair Kanunun kapsamına dahil edilmiştir. Değişikliğe ilişkin gerekçede nikahsız şekilde birlikte yaşayanların da Kanun kapsamında kabul edilebilmesine dair yargı kararlarına dikkat çekilmektedir ve medeni durumlarına bakılmaksızın bütün kadınları şiddetten koruyacak önlemlerin alınması, nikahsız birlikteliğin de aile birliği olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Bu veriler ışığında değerlendirdiğimizde, TCK 232/1. maddesinde yer alan "aynı konutta birlikte yaşamak" koşulunun sağlanması bakımından, kişiler arasında "birlikte yaşama iradesi"ni arayan görüşe¹⁰⁴ katılmaktayız. Kanaatimizce fail ile mağdurun birlikte yaşama iradesi ile yaşamlarını aynı konutta sürdürmeleri, bu suç bakımından yeterli kabul edilmelidir. Bu tür bir yorum, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin niteliğine ilişkin herhangi bir belirlemede bulunmayan madde metnine aykırılık teşkil etmediği gibi, AİHM tarafından belirlenen ölçütlerle de uyumludur.

Bu bağlamda, suçun oluşması için belli bir süre aranmıyor olsa da, fail ile mağdurun birlikte yaşama iradelerinin mevcut olması gerekir. Birlikte yaşama iradesi ile aynı konutu paylaşan kişiler arasında, akrabalık ilişkisi bulunup bulunmamasına bakılmaksızın bu suçun oluştuğu söylenebilecekken, tesadüfi birliktelikler ise suçun kapsamı dışında kalacaktır. Örneğin, arkadaşının evinde hafta sonunu geçirmeye giden kişiye karşı bu suç işlenemeyecek, ancak resmi nikah olmaksızın birlikte yaşayan kişiler, aynı evi kiralayan öğrenciler, yaz dönemini birlikte aynı konutta birlikte geçiren sevgililer veya aynı evde kalan hizmetçi ve ev sahibi arasında bu suç işlenebilecektir.¹⁰⁵

Son olarak belirtmek gerekir ki, TCK'nun 232/1. maddesinde "aynı konutta yaşayan" kişilerden bahsedildiği için bu suç, ayrı yaşamakta olan aile bireyleri arasında

¹⁰¹ Schalk ve Kopf / Avusturya'ya Karşı, başvuru no. 30141/04, 24 Haziran 2010, prg. 93. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>, (çevrimiçi), son erişim; 01.08.2011, 20.00.

¹⁰² Schalk ve Kopf / Avusturya'ya Karşı, prg. 94. Ayrıntılı bilgi, örnek AİHM kararları ve değerlendirmeler için bkz. Arslan Öncü, 268 – 269.

¹⁰³ Arslan Öncü, 268 – 269.

¹⁰⁴ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 740.

¹⁰⁵ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 740; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6529; Gerçekler, 2470; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt II, 1625 – 1626.

işlenemeyecektir. Ayrı yaşayan aile bireyleri arasındaki kötü muamele fiilleri “kişilere karşı suçlar” başlığı altında yer alan hükümlere göre cezalandırılacaktır.¹⁰⁶

b. Hareket

TCK'nun 232/1. maddesinde hareket olarak “kötü muamelede bulun[mak]”tan söz edilmektedir. Kötü muamele şiddet uygulaması anlamına gelmektedir. Bu anlamda şiddet uygulamasının mutlaka fiziksel şiddet olarak ortaya çıkması şart değildir. Fiziksel şiddetin yanı sıra duygusal şiddet, sözel şiddet, ekonomik şiddet ve cinsel şiddet de şiddetin türleri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁷ 08.03.2012 tarihinde kanunlaşan “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”un 2. maddesinde de şiddet tanımına yer verilmektedir. Buna göre şiddet, “*kişinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*” ifade etmektedir.

TCK'nun 232/1. maddesinde, kötü muamele teşkil eden eylemin niteliğine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Konuya ilişkin açıklama 232. madde nin gerekçesinde yer almaktadır. Buna göre; “*Ancak her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz. Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olması gereklidir.*”¹⁰⁸ Bu durumda kötü muamelenin “merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte” olması şartını aramanın, kanunilik ilkesi ve kanun koyucunun iradesine aykırı bir yorum teşkil edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada Yargıtay'ın bazı kararlarında fiilin merhamet ve şefkatle bağdaşmayan nitelikte olmasını aradığı görülmektedir.¹⁰⁹ Doktrinde bir görüş, Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında bu koşulun aranmakta olduğunu belirtmekte ve gerekçede yer alan açık ifadeye dayanarak kötü muamele oluşturan fiilin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olması gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁰

Doktrinde bizim de katıldığımız bir başka görüş ise, hareketin niteliğine ilişkin bir belirlemenin kanun metni içerisinde yer almamakta olduğuna dikkat çekmekte ve kanun koyucunun bu tür bir iradesi olsaydı kanun metninde buna yer vermeyi tercih edeceğini belirtmektedir. Buna göre, 765 sayılı TCK'da fiilin “rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette” gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça öngörülmüş olmasına rağmen

¹⁰⁶ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 740; Nuhuğlu, 101. (Bu noktada Nuhuğlu, “ayrı yaşama”nın haklı bir sebebe dayanması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, reşit olmayan bir çocuğun velisinin izni olmadan evi terk etmesi ve başka bir yerde yaşaması halinde dahi birlikte yaşayan aile ferdi sayılması gerekir).

¹⁰⁷ Nuhuğlu, 108 – 109.

¹⁰⁸ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekece.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00.

¹⁰⁹ 4. CD, 18.3.2009, E. 2007/213, K. 2009/5127; 4. CD, 28.1.2010, E. 2008/7450, K. 2010/855; 4. CD, 6.4.2010, E. 2008/1591, K. 2001/6251; 4. CD, 23.2.2011, E. 2009/1540, K. 2011/2345. Söz konusu kararlar için bkz. www.kazanci.com, (çevrimiçi), son erişim; 02.06.2011, 21.00.

¹¹⁰ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 742 – 743.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

men, 5237 sayılı TCK'nun 232/1. maddesinde benzer bir nitelemeye yer verilmemiştir.¹¹¹ Eski Kanunda yer almasına rağmen yeni Kanuna alınmayan bu tür bir nitelemenin, madde gerekçesi aracılığıyla suçun unsurları arasında kabul edilmesi kanun koyucunun iradesine aykırı olacaktır.

Ayrıca, gerekçede yer alan bu ifade suçun uygulama alanını daraltmakta ve suçla madde metninde belirtilmeyen bir unsur eklemektedir. Bu bakımdan durum kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.¹¹²

TCK'nun 232/1. maddesinde yer alan suç bakımından süreklilik unsurunun aranması gerekip gerekmediği konusu karşımıza çıkan bir diğer sorundur.

765 sayılı TCK'da "(...) fena muameleler" şeklinde çoğul bir ifadeye yer verilmiş olduğuna dikkat çekilmekte ve "fena muamelelerde bulunma"nın bir süreci ifade ettiği belirtilmekteydi. Bu bağlamda bir kez fena muamelede bulunmanın yeterli olmadığı, suçun oluşabilmesi için fena muamelenin az veya çok bir süreklilik göstermesi gerektiği ifade edilmekteydi.¹¹³ Gerçekleştirilen hareketler arasında zaman aralığı olabileceği gibi, bunların "kötü muamele" sayılacak derecede tekrarlanmaması halinde fiilin cezalandırılmasının mümkün olmadığı göz önüne alınarak suç, itiyadi bir suç olarak nitelendirilmekteydi.¹¹⁴

5237 sayılı TCK'nın 232/1. maddesinde ise, "kötü muamelede bulunmak"tan söz edilmektedir. Kullanılan ifadenin eski Kanunun aksine çoğul bir ifade olmadığı da göz önüne alındığında münferit eylemler de madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu bakımdan maddede yer alan suçun oluşabilmesi için süreklilik koşulunu aramak, yeni kanunun düzenlemesi karşısında yerinde olmayacaktır.¹¹⁵

Yargıtay ise söz konusu suçun oluşması için süreklilik unsurunu bazı kararlarında aramıştır.¹¹⁶ Bazı uygulamacılar da yazdıkları eserlerde münferiden belli bir süre için kötü muamele oluşturmayan söz ve hareketlerin uzun bir süreye yayılması halinde

¹¹¹ Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6532; Nuhoglu, 111 (Nuhoglu eserinde, mevcut kanunun 232/1. maddesinin gerekçesi ile 2003 Hükümet Tasarısı'ndaki kötü muamele suçuna ilişkin gerekçenin hemen hemen aynı ifadeleri kullandığına dikkat çekmektedir. Söz konusu tasarının gerekçesi hemen hemen aynı şekilde muhafaza edilmiş olmakla birlikte, tasarıdaki madde metni ile 5237 sayılı TCK'da yer alan madde metni birbirlerinden farklıdır. Bu bağlamda, tasarının 333. maddesinde madde metni içinde "merhamet ve şefkatle bağdaşmayacak surette kötü muamelede bulunmak" suçun unsurları arasında öngörülmüştür. Ancak 5237 sayılı TCK'nun 232/1. maddesinde bu ifade yer almamaktadır. Bkz. Nuhoglu, s. 111, dn. 51).

¹¹² Nuhoglu, 111; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6532.

¹¹³ Feyzioğlu, Metin, Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları, AÜHF, C. 50, S. 1, 2001, s. 51; Erman, 251; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 743.

¹¹⁴ Erman, 251.

¹¹⁵ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 743; Nuhoglu, 106.

¹¹⁶ "sanığın eyleminde aile bireylerine kötü davranma suçuna özgü sürekliliğin ne suretle oluştuğuna ilişkin kanıtlar gösterilmeden ve sanığın eşini basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek biçimde yaraladığı kabul edilmesine karşın TCY'nın 86/2-3. maddeleri yerine 232/1. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır". 4. CD, 15.1.2008, E. 2006/7192, K. 2008/197; www.kazanci.com, (çevrimiçi), son erişim; 02.06.2011, 21.00. Ayrıca; 4. CD, 22.11.2007, 5920/9811; 4. CD, 4.12.2006, 11246/17146 (Kararlar için bkz. Artuk, Mehmet Emin - Gökcan, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. IV, Ankara, Turhan Yay., 2009, 4537, 4538).

madde kapsamında değerlendirilebileceğini ifade ederek, Yargıtay uygulamasını destekleyen bir görüş sergilemektedirler.¹¹⁷

Yargıtay'ın bu uygulaması doktrinde **Tezcan - Erdem - Önok** tarafından şu şekilde eleştirilmiştir: “(...) *Yargıtay'ın görüşü uygulanırsa, tek bir yaralama eylemi m. 86/2-3 kapsamında kalıp daha ağır cezalandırılacak, kötü muameleliğin sürekli olması durumunda ise m. 232/1 uygulandığında, fail daha az ceza alacaktır*”.¹¹⁸

Kanaatimizce de 5237 sayılı TCK'nun düzenlemesinin mülga Kanunun düzenlemesinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalı ve 232/1. maddede yer alan suçun itiyadi bir suç olarak düzenlenmemiş olduğuna dikkat edilmelidir. Bu durumda sözün geçen yöndeki içtihatların TCK m. 232/1 ile TCK m. 86/2 ve 86/3 arasında yaptırım bakımından bir çelişki oluşturduğuna dikkat edilmelidir.¹¹⁹ Ancak belirtmek gerekir ki **Bayraktar**, müeyyide farklılığından hareketle, fena muamelede bulunmanın kasten yaralama nitelik ve niceliği kuvvetinde olmayan hareketleri ifade ettiğini kabul etmektedir.

c. Netice

Söz konusu suç neticesi harekete bitişik suç özelliği göstermektedir. Bu bağlamda hareketin tamamlanmasıyla netice de gerçekleşmiş olacaktır.

d. Teşebbüs

TCK'nun 232/1. maddesinde düzenlenen suç, kötü muamele teşkil eden hareketin yapılmasıyla tamamlanmaktadır. Kanunda, suçun tamamlanması bakımından ayrı bir neticenin meydana gelmesi şartı aranmamıştır. Bu şekilde neticesi harekete bitişik bir suç olarak kendisini gösteren kötü muamele suçuna kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Bu suçta teşebbüs ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi halinde mümkün olacaktır.¹²⁰

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kötü muamele suçu bakımından ilgilinin rızasının varlığı, TCK m. 26 kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²¹ Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, rızanın, koşullara uygun şekilde verilmiş, sağlıklı bir rıza beyanına dayanması gerektiğidir.

Ayrıca **Bayraktar**, terbiye hakkı çerçevesinde fiilin yerine getirilmesi durumunda da hukuka uygunluğu kabul etmektedir.

¹¹⁷ **Gündel, Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. IV, Ankara, 2009, s. 4554.

¹¹⁸ **Tezcan - Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 743; aynı yönde bkz. **Nuhoğlu**, 106 – 107.

¹¹⁹ **Nuhoğlu**, 106 – 107.

¹²⁰ **Nuhoğlu**, 113; **Tezcan - Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 744; **Yaşar - Gökcan - Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6537; **Gerçekler**, 2471.

¹²¹ **Nuhoğlu**, 112.

5. Manevi Unsur

TCK madde 232/1’de yer alan suçun manevi unsuru genel kasttır. Bu bakımdan suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür.¹²² Ancak faili kötü muamele fiillerine sevk eden saikin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹²²

6. İştirak

Kötü muamele suçunda fail ile mağdurun aynı konutta birlikte yaşayan kişiler olması gerektiği madde metninde belirtilmiştir. Failin, mağdurla birlikte yaşayan bir kişi olması gerekmektedir. Failin mağdur ile özel bir ilişki halinde bulunması şart olduğundan, söz konusu suç özgü bir suç olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından TCK’nun 40/2. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.¹²³

7. Suçların Birleşmesi

Suçların birleşmesi açısından ise üzerinde durulması gereken bazı sorunlar mevcuttur. Burada ele alınması gereken ilk sorun kötü muamele teşkil eden davranışın aynı zamanda kanunda düzenlenmiş bir başka suçun kapsamına da girmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaralama, tehdit ve hakaret gibi eylemler TCK’da birer suç olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, aynı zamanda aynı konut içinde birlikte yaşayan kişiler arasında işlendiği zaman TCK 232/1 kapsamında değerlendirilebilecekler midir?

Bu tür bir durumda Yargıtay, kötü muamele teşkil eden fiilin TCK’da yer alan başka bir suçu da meydana getirmesi halinde söz konusu suça ilişkin hükmü uygulama yoluna gitmektedir. Bu durumda TCK m. 232/1’i somut olaydaki fiilin başka bir suça vücut vermemesi koşuluyla uygulamaktadır. Bu yaklaşım Yargıtay kararlarında şu şekilde ifade edilmektedir; “TCY.nun 232. maddesi, yaralama, tehdit, sövme gibi Yasanın başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan eşe karşı işlenen eylemleri kapsamaktadır. (çiplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi) (...)”¹²⁴

Görüldüğü üzere Yargıtay sorunu esasen, görünüşte birleşme (görünüşte içtima) ilkelerinden “yardımcı normun sonralığı ilkesi”¹²⁵ çerçevesinde, “asal norm – yardımcı norm” ya da başka bir deyişle “asli norm – tali norm”¹²⁶ kuralları doğrultusunda çözümlenmektedir. Bu çözüm tarzına göre, TCK’nun 232/1. maddesinde yer alan kötü muamele suçu, bir yardımcı norm niteliğinde kabul edilmektedir. Bu nedenle de somut

¹²² Nuhoğlu, 112; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6537.

¹²³ Nuhoğlu, 113.

¹²⁴ 4. CD, 19.1.2009, E. 2007/5591, K. 2009/80. Aynı yöndeki kararlar olarak bkz. 4. CD, 6.4.2010, E. 2008/10591, K. 2010/6251; 4. CD, 28.1.2010, E. 2008/7450, K. 2010/855. www.kazanci.com, (çevrimiçi), son erişim; 02.06.2011, 21.00. Ayrıca; 4. CD, 27.11.2006, 11777/16861 (Karar için bkz. Artuk - Gökcan - Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. IV, 4539).

¹²⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, Kayıhan - Evik, A. Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, 2007, s. 318.

¹²⁶ İçel - Evik, 326 – 327.

olayda gerçekleştirilen eylemin kanunda özel olarak düzenlenen bir başka suçu oluşturması halinde, TCK 232/1. madde uygulama alanı bulamayacaktır.¹²⁷

Doktrinde Yargıtay'ın bu uygulaması, "yasanın başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan davranış", kıstasından yola çıkıldığında Yargıtay kararlarında verilen örneklerde dahi TCK m. 232/1'in uygulama alanı bulamayacağı belirtilerek eleştirilmektedir. Eleştiri sahiplerince, Yargıtay'ın kullandığı örneklerden "aç bırakmanın" ihmal suretiyle kasten yaralama, "alay etmenin" hakaret, "korkutmanın" ise tehdit suçu olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu vurgulanmaktadır.¹²⁸

Kanaatimizce bu tartışma kapsamında, 232/1. maddede yer alan suç ile TCK'da yer alan diğer suçları birbirinden ayırmak için somut olaydaki ihlalin ağırlıklı olarak hangi hukuksal değere ilişkin olduğuna bakılmalıdır. TCK'nun 232/1. maddesi ile korunan hukuki yararlar arasında insan onuru öne çıkmaktadır. Böylece örneğin bir kişinin birlikte yaşadığı eşin fiziksel şiddet uygulaması durumunda, ağırlıklı olarak ihlal edilen hukuki yararı somut olaya göre tespit etmek gerekmektedir. Eğer insan onurunun, vücut bütünlüğüne nazaran daha fazla ihlal edilmiş, daha fazla zarara uğramış olduğu sonucuna varılmakta ise 232/1. maddenin uygulanması gerekmektedir. Ancak vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkının, insan onuruna karşı gerçekleştirilenden daha ağır bir zarara uğradığı sonucuna ulaşıyorsa kasten yaralama suçu çerçevesinde hüküm kurulmalıdır.¹²⁹

Bu düşünceye rağmen **Bayraktar**, fena muamelede bulunmanın kasten yaralama nitelik ve niceliği kuvvetinde olmayan hareketleri ifade ettiğini kabul etmektedir.

Suçların birleşmesine ilişkin bir diğer sorun da eziyet suçu ile kötü muamele suçu arasındaki ilişkinin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Eziyet suçunun oluşması için "insan onuru ile bağdaşmayacak" nitelikte fiillerin söz konusu olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere her iki suçun da koruduğu hukuki yararlar arasında insan onuru öne çıkmaktadır. Bu nedenle eziyet ile kötü muameleyi, somut olaydaki ihlalin ağırlıklı olarak hangi hukuksal değere ilişkin olduğuna bakmak suretiyle birbirinden ayırmak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla söz konusu ayrımı yapmada farklı ölçütlerin belirlenmesi gerekmektedir.

Dikkat edilmelidir ki, eziyet çektirmeye yönelik her davranış zorunlu olarak kötü muamele teşkil etmektedir.¹³⁰ Bu durumda fiili, aynı konutta birlikte yaşadığı kişiye karşı gerçekleştiren kimsenin eyleminin, eziyet suçu kapsamında mı yoksa kötü muamele suçu kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Özellikle 96. maddenin 2. fıkrasının (b) bendinde, eziyet suçunun "üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da kardeşe karşı işlenmesi"nin daha ağır cezayı gerektiren

¹²⁷ Karşı görüş için bkz. Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 742.

¹²⁸ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 742.

¹²⁹ TCK m. 232/1'in gerekçesinde yer alan "ancak, bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir" ifadesi de bu düşünceye paralel bir bakış açısı taşımaktadır. Ancak belirtelim ki, söz konusu ölçüte madde metni yerine gerekçede yer verilmiş olması, kanaatimizce kanunilik ilkesi bakımından yerinde bir tercih olmamıştır. (Gerekçe için bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekece.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00).

¹³⁰ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 745.

bir hal olarak düzenlenmiş olması da dikkate alındığında, bu iki suç arasındaki farkı ortaya koymanın ne derece güç olduğu görülmektedir.

Doktrinde bu konuda, “eziyet çektirmeye yönelik ve kötü muamele boyutunu aşan ve insan onuru ile bağdaşmayan sistematik hareketler aynı konutta yaşayan kişiye karşı gerçekleştirilmişse TCK m. 232/1 değil, m. 96 uygulanmasının gerektiği¹³¹ ifade edilmektedir. Benzer bir şekilde, “232. maddedeki kötü muamele niteliğini aşan, işkence ve eziyet kasdını içeren fiiller hakkında somut olayın koşullarına göre 94, 95 veya 96. maddelerden birinin uygulanması gerektiği¹³²” de dile getirilen görüşlerden biridir.

Kanaatimizce eziyet suçu ve kötü muamele suçunun ayırımında, AİHM kararlarında ve uluslararası ceza hukukunda, genel anlamda kötü muamele teşkil eden fiilleri birbirlerinden ayırmak için kullanılan ölçütlerden yararlanmak mümkündür.

AİHM, BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi’ne de atıfta bulunarak, kötü muamele niteliğindeki fiilleri birbirinden ayırmakta kullandığı objektif ölçütler şunlardır: i) Mağdurun duyduğu bedensel ya da manevi ıstırapın ağırlığı, ii) fiilin süresi, iii) fiilin mağdurda yarattığı hasarın kalıcılığı, iv) mağdurun yaşı, cinsiyeti veya engellilik durumu gibi nedenlerle özellikle korunması gereken bir kişi olup olmadığı.¹³³ AİHM’ye göre, insanlık dışı muamele teşkil eden, bu ölçütleri taşıyan fiillerin “işkence”¹³⁴ olarak damgalanabilmesi için, çok ciddi ve zalimane bir boyuta ulaşmaları gerekmektedir.¹³⁵ Bununla birlikte, somut olayda söz konusu ölçütlerin her birinin bulunması zorunlu görülmemekte, bunlar daha çok fiilin yoğunluğunu gösteren belirtiler olarak ele alınmaktadır.^{136, 137}

¹³¹ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 745.

¹³² Nuhoglu, 117.

¹³³ Gäfgen / Almanya’ya Karşı, başvuru no. 22978/05, 1 Haziran 2010, prg. 89; Ramirez Sanchez Fransa’ya Karşı, başvuru no. 59459/00, 4 Temmuz 2006, prg. 117, 118. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>, (çevrimiçi), son erişim; 01.08.2011, 20.00.

¹³⁴ Bahsi geçen ölçütler, AİHM kararlarında ve uluslararası ceza hukukunda esasen işkence ile diğer kötü muamele türlerini (insanlık dışı ve onur kırıcı davranış) birbirlerinden ayırmak için kullanılmaktadır. Türk ceza hukukunda işkence suçu ile eziyet suçunun maddi unsurları aynı olup, bu iki suç yalnızca özgü suç niteliği bakımından farklılık göstermektedir (Artuk, Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Turhan Yayınevi, 2010, s. 161). Bu bakımdan ilgili mercilerce işkence suçu göz önüne alınarak belirlenen ölçütleri, Türk hukuku bakımından eziyet suçunu diğer kötü muamele fiillerinden ayırmada da kullanmak mümkündür.

¹³⁵ Gäfgen / Almanya’ya Karşı, başvuru no. 22978/05, 1 Haziran 2010, prg. 91; Aksoy / Türkiye’ye Karşı, başvuru no. 100/1995/606/694, 26 Kasım 1996, prg. 63; Selmouni / Fransa’ya Karşı, başvuru no. 25803/94, 28 Temmuz 1999, prg. 96 vd. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>, (çevrimiçi), son erişim; 01.08.2011, 20.00.

¹³⁶ Bantekas, Ilias - Nash, Susan, International Criminal Law, London, Cavendish Publishing, 2003, s. 119.

¹³⁷ Bu objektif ölçütlerin yanı sıra subjektif ölçüt olarak, failde bilgi edinmek, cezalandırmak veya gözdağı vermek yönünde bir özel kastın bulunup bulunmadığı da AİHM tarafından değerlendirilmektedir. Ancak TCK’da çalışma konumuzu oluşturan suçlar bakımından bir özel kast aranmamaktadır. Bu nedenle de çalışmada ele aldığımız sorunun çözümünde ölçüt olarak kullanılmasını mümkün görmediğimiz bu hususa yalnızca değinmekle yetiniyoruz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü ve ilgili mevzuatta yer alan işkence tanımında ise, özel kasta yer verilmediğinden, söz konusu tanım, Türk Ceza Kanunu’nda

Bu durumda, yukarıdaki objektif ölçütler bakımından belirli bir eşiği aşan davranışlar eziyet olarak nitelendirilmeli, bunun dışındaki fiiller ise kötü muamele suçunun kapsamında görülmelidir. Söz konusu eşik, failin mağdura yaşattığı ıstırabın yoğunluğuna, süresine, etkilerine ve zalimane niteliğine göre somut olay çerçevesinde belirlenmelidir.

8. Yaptırım

TCK'nun 232/1. maddesinde, kötü muamele suçunun yaptırımı iki aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Söz konusu yaptırım kısa süreli hapis cezası niteliğinde olduğundan TCK'nun 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür. Ayrıca CMK'nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması da bu suç bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına başvurulması sanığın kabulüne bağlı olmakla birlikte (CMK m. 231/6), geri bırakılmasına karar verilen hükmünde, mahkum olunan hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün olmayacaktır (CMK m. 231/7).

D. Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 232/2)

1. Genel Olarak

Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması Suçu TCK'nun 232/2. maddesinde şu şekilde yer almaktadır:

“İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir”

Bu suç 765 sayılı TCK'nun “Terbiye ve İnzibat Vasıtalarının Suiistimali ve Aile Efradına Karşı Fena Muamele” başlıklı 477. maddesinde düzenlenmekteydi. 765 sayılı TCK'nun 477. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildeydi:

“Her kim idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, muhafaza etmek veya yahut bir meslek ve sanatı öğretmek için kendisine tevdi olunan şahsın üzerinde haiz olduğu terbiye hakkını veya itaat ettirmek salahiyetini suiistimal ile o şahsın sıhhatinin muhtel veya bir tehlikeye maruz olmasına sebep olursa on sekiz aya kadar hapsolünür”

Söz konusu suç ceza kanununun tasarılarında da yer almıştır. Bu bağlamda **Dönmezer Tasarısı** olarak bilinen 2001 Tasarısı'nda “Disiplin Yetkisini Kötüye Kullanma” başlığı altında 334. maddede benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. 2001 Tasarısı'nın 334. maddesine göre;

“İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanarak o kişinin bedensel ve

yer alan suç tiplerinin unsurlarına daha yakın niteliktedir (UCM Statüsü'ndeki işkence tanımı ile ilgili olarak bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 552).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ruhsal sağlığının bozulmasına veya bir tehlikeyle karşı karşıya kalmasına neden olan kişiye bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir".¹³⁸

2004 Tasarısı'nda ise "Kötü Muamele" başlıklı 234. maddede¹³⁹ bu suça yer verilmiş olup, söz konusu hüküm, herhangi bir değişiklik yapılmadan 5237 sayılı TCK'nun 232/2. maddesinde yer almıştır.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler incelendiğinde görülmektedir ki, gerek 765 sayılı TCK'nda gerekse 2001 Tasarısı'nda bir zarar veya somut tehlike suçu olarak karşımıza çıkan bu suç, 2004 Tasarısı'nda ve bu tasarıdaki düzenlemeyi aynı şekilde tekrar eden 5237 sayılı TCK'nda bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmektedir.

2. Korunan Hukuki Yarar

Bu suçla korunan hukuki yarar, idare altında bulunan veya büyötmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olunan kişinin, insan onurudur.

Doktrinde kişinin yetiştiği ortamın cebir, şiddet ve tehditten, kısacası korkudan arındırılmasına ilişkin kamusal yararın korunmakta olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁰ Ayrıca kişinin hayatı, beden tamlığı veya sağlığı korunan hukuki yararlar arasında sayılmakla birlikte¹⁴¹, suçun kanunda düzenlenmiş olduğu bölüm dikkate alınarak ailenin de korunmakta olduğu¹⁴² ifade edilmektedir.

3. Maddi Unsur

a. Fail ve Mağdur

Bu suç bakımından failin mağdur üzerinde bulunan terbiye hakkından doğan disiplin yetkisine sahip olan bir kişi olması gerekmektedir. Bu bağlamda suç bir özgü suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu disiplin yetkisi özel hukuktan doğabileceği gibi, kamu hukukundan da doğabilecektir.¹⁴³

Bu suç açısından dikkat edilmesi gereken husus, faildeki terbiye etmek amacının suçun oluşması için yeterli olmadığı, aynı zamanda fail ile mağdur arasında devamlı bir disiplin ilişkisinin de bulunması gerektiğidir.¹⁴⁴

Ayrıca failin mağdur üzerinde terbiye hakkının bulunmadığı hallerde de bu suç oluşmayacak, somut olaya göre TCK'nda yer alan diğer suçlar gündeme gelebilecektir. Örneğin, kardeşler ya da eşlerin birbirleri üzerinde terbiye hakları bulunmadığından, bu kişiler "disiplin altına almak" ya da "terbiye etmek" amacını taşıyacakları dahi birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri fiiller bu suç kapsamında değerlendirilmeyecek, TCK'nun diğer maddeleri somut olaya göre uygulama alanı bulacaktır.¹⁴⁵

Failin mağdur üzerindeki disiplin yetkisi, mağdurun failin idaresi altında bulunmasından kaynaklanabildiği gibi, failin mağduru büyötmek, okutmak, bakmak,

¹³⁸ Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, 225.

¹³⁹ Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, 225.

¹⁴⁰ Feyzioğlu, 43.

¹⁴¹ Nuhoglu, 119; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 745 – 746.

¹⁴² Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 746.

¹⁴³ Feyzioğlu, 45; Nuhoglu, 120; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 746.

¹⁴⁴ Dönmezer, 257.

¹⁴⁵ Feyzioğlu, 45; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 746.

muhafaza etmek veya bir meslek ya da sanat öğretmekle yükümlü olmasından da kaynaklanabilmektedir.

Bu bakımdan mağdurun failin idaresi altında bulunan bir kişi olmasının ne anlama geldiğini de açıklamak gerekmektedir. Erman'a göre, failin mağduru "idare etmesi", failin mağduru gözetmek yetkisinin bulunması, onun üzerinde otorite sahibi olmasıdır.¹⁴⁶

b. Hareket

TCK'nun 232/2. maddesinde yer alan bu suç bakımından hareket, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması olarak öngörülmüştür. Bu suç icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir.¹⁴⁷

Söz konusu suç açısından hareketi "terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması" oluşturduğuna göre, söz konusu disiplin yetkisinin kaynağını oluşturan terbiye hakkının kapsamına da bu noktada değinmek gerekmektedir. Bu bağlamda bedensel terbiye araçlarına başvurulmasının terbiye hakkı kapsamında değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği meselesi önem arz etmektedir. Günümüzde özellikle çocukların eğitimi bakımından fiziki güç kullanımını içeren tedip araçlarının çocuk yararına olmadığı ve eğitim aracı olarak kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Söz konusu suç ile insan onurunun korunmakta olduğu da göz önüne alındığında onur kırıcı, bedensel veya ruhsal bütünlüğe zarar veren hiç bir eğitim aracının kullanımının terbiye hakkı kapsamında meşru kabul edilmemesi gerekmektedir.¹⁴⁸

Yargıtay 2008 tarihinde vermiş olduğu bir kararda fiziki güç kullanımının terbiye hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir; "*lise müdür yardımcısı sanığın, nöbetçi idareci/öğretmen olduğu olay günü, kavga eden iki sınıfın öğrencilerini ayırdıktan sonra kavgayı çıkaranlar arasında bulunan mağdur öğrencisinin eline ağaç sopayla vurarak basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek nitelikteki yaralama eyleminin, eğitim ve öğretim yükümlülüğü nedeniyle sahip olunan terbiye hakkı ve disiplin yetkisi kapsamında değerlendirilemeyeceği ve 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın, 86/2-3d maddesinde öngörülen kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak işlediği (...)*"¹⁴⁹

¹⁴⁶ Erman - Özek , 239.

¹⁴⁷ Nuhoglu, 123.

¹⁴⁸ Nuhoglu, 131; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 748. Bu suç ile korunan hukuksal değer "kişinin içinde yetiştiği ortamın korkudan arındırılmasına ilişkin kamusal yarar" olduğunu savunan Feyzioğlu da, oranı ne olursa olsun, dayanın insanda korku yarattığını, insanın beden sağlığının yanında ruh sağlığını da bozduğunu ve korunan hukuki değeri ihlal ettiği için, hukuk düzenimizde muteber bir disiplin veya terbiye vasıtası olamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Feyzioğlu, 47.

¹⁴⁹ 4. CD, E. 2008/7248, K. 2008/14702, T. 25.6.2008; www.kazanci.com, (çevrimiçi), son erişim; 02.06.2011, 21.00.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

c. Netice

Maddede suçun oluşması için bir zararın meydana gelmesi ya da somut bir tehlikenin ortaya çıkması koşulu aranmamakta olup, suç bir soyut tehlike suçu niteliği taşımaktadır.¹⁵⁰

Belirtmek gerekir ki doktrinde suçun neticesinin “mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması ya da tehlikeye sokulması” olduğu ifade edilmektedir.¹⁵¹ Bu görüşün dayanağı olarak madde gerekçesinde yer alan “*disiplin yetkisinin sınırı maddede gösterilmiştir. Disiplin yetkisi kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına neden olmayacak veya bir tehlikeye maruz kalmasını sonuçlamayacak derecede kullanılabilir*”¹⁵² ifadesi gösterilmektedir.

Ancak bu görüş kanaatimizce yerinde değildir. Zira 765 sayılı Kanun ya da 2001 Tasarısı’nda yer alan düzenleme bakımından bu görüşü savunmak mümkün olmakla birlikte, 5237 sayılı Kanun’un 232/2. maddesinde yer alan yürürlükteki düzenleme açısından bu yorum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Nitekim 765 sayılı Kanun’da “*şahsın sıhhatının muhtel veya bir tehlikeye maruz olmasına sebep olursa*” ifadesine, 2001 Tasarısı’nda ise “*o kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına veya bir tehlikeye karşı karşıya kalmasına neden olan kişiye*” ifadesine yer verilmekte idi. Ancak 5237 sayılı TCK’nun 232/2. maddesinde bu tür bir ifade yer almamaktadır.

Söz konusu madde gerekçesinin bu hali ile yürürlükte bulunan 232/2. maddeden ziyade 2001 Tasarısı’nda yer almış olan hükmü açıklamakta olduğu görülmektedir. Madde metninde yer almayan bir unsurun kanun gerekçesi ile madde metnine dahil edilmesi suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden bu tür bir yoruma gidecek kanunda aranmayan bir neticenin madde metninde yer alıyormuş gibi yorumlanması mümkün değildir. Bu sebeple de suçun oluşması için kanun metninde herhangi bir zararın ya da somut tehlikenin meydana gelmesinin aranmadığı bu suçun “soyut tehlike suçu” niteliğini taşıdığını kabul etmek gerekmektedir.

Terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması, yani hareketin yapılması ile birlikte soyut tehlike meydana geleceğinden, bu suç neticesi harekete bitişik bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

d. Teşebbüs

Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması Suçu neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan hareketin yapılması ile birlikte netice de gerçekleşeceğinden, suç tamamlanmış olacak ve teşebbüs mümkün olmayacaktır.¹⁵³

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Fail disiplin yetkisinin sınırları içerisinde, ölçülülük ilkesine uygun bir biçimde hareket ettiği sürece gerçekleştirdiği eylem hukuka uygundur.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Nuhoğlu, 122 – 123.

¹⁵¹ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 747.

¹⁵² <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00.

¹⁵³ Nuhoğlu, 136.

¹⁵⁴ Nuhoğlu, 135.

Bu suçla ilişkin olarak hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin kurallar burada da geçerli olacaktır. Bunun yanı sıra bazı durumlarda özel kanunların sınırın aşılmasına cevaz vermeleri halinde kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacaktır. Askeri Ceza Kanunu'nun 119. Maddesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.¹⁵⁵

5. Manevi Unsur

Doktrinde bir görüş tarafından bu suçun oluşabilmesi için failin disiplin yetkisini kullanma saiki ile hareket etmesi gerektiğinin, bu sebeple de suçun özel kastla işlenebileceğinin ifade edilmekte olduğu görülmektedir.¹⁵⁶ Ancak **kanaatimizce** suçun manevi unsuru genel kasttır.¹⁵⁷ Erman'ın da belirttiği gibi; *“böyle bir özel kastın aranması failin terbiye veya itaati sağlamak maksadıyla hareket etmiş olması halinde, terbiye hakkının veya disiplin yetkisinin sınırlarının aşılmasıyla işlenen bir başka suçtan dolayı failin cezalandırılmasına engel olur. Halbuki genel kastla yetinilecek olursa, failin terbiye etmek veya itaat ettirmek maksadıyla hareket etmiş olması, sınırın aşılması suretiyle işlenen diğer suçtan dolayı cezalandırılmasına engel olmayacak ve bu sebeple olayın cereyan tarzına bakarak, failin bu özel kastla hareket etmiş sayılıp sayılmayacağı gibi bazı garip yorumlarda bulunmak ihtiyacı duyulmayacaktır”*¹⁵⁸

6. İştirak

Yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi özgü suç niteliğinde olan bu suçla iştirak TCK'nun 40/2. maddesi uyarınca mümkün olabilecektir.

7. Suçların Birleşmesi

TCK'nun 232/2. maddesi, 232/1. maddesinde yer alan “Kötü Muamele Suçu”na göre özel norm niteliğindedir. Somut olayda aynı konutta birlikte yaşayan kişilere karşı gerçekleştirilen eylem bakımından, mevcut terbiye hakkının kötüye kullanılmasında sınırın aşılması söz konusu ise özel hüküm olan TCK'nun 232/2. maddesi uygulanacaktır.¹⁵⁹

Failin birden fazla kişi üzerinde aynı suç işleme kararı kapsamında disiplin yetkisini kötüye kullanması halinde, TCK'nun 43/1. maddesi uyarınca zincirleme suçun söz konusu olabilmesi için suçun aynı mağdura karşı işlenmesi gerektiğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Bununla birlikte tek bir fiille birden fazla kişi üzerinde disiplin yetkisinin kötüye kullanılması halinde TCK'nun “zincirleme suç” başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrası uygulama alanı bulabilecektir.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Erman - Özek, 243; Nuhoglu, 135.

¹⁵⁶ Nuhoglu, 134; Feyzioğlu, 48.

¹⁵⁷ Erman - Özek, 244; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 748.

¹⁵⁸ Erman - Özek, 244.

¹⁵⁹ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 749.

¹⁶⁰ Nuhoglu, 138.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

8. Yaptırım

Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması Suçu'nun yaptırımını bir yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bu cezanın alt sınırı, TCK'nun 49. maddesi uyarınca bir ay olarak kabul edilmelidir. Söz konusu ceza kısa süreli hapis cezası niteliğinde olup, bu cezanın TCK'nun 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.

E. Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu (Tck M. 233/1)

1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nun 233/1. maddesinde aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre; “*aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.

765 sayılı TCK'da ise, 477, 478 ve 479. maddelerde aile efradına karşı fena muameleyle ilişkin hükümlere yer verilmiş ancak aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali başlı başına ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir.

2001 Dönmezer Tasarısı'nda da öngörülmemiş olan bu suçta, 2004 Tasarısında “aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” başlığı altında yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile 5237 sayılı TCK'nun 233/1. maddesinde yer alan düzenleme arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.¹⁶¹

Karşılaştırmalı hukukta, bu fiilin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin tartışmalar yaşanmıştır. Bu bağlamda suç teşkil eden fiilin meydana getirdiği tehlikenin ağırlığı göz önüne alındığında, cezalandırmaya değer bir fiilin bulunmadığı görüşü dile getirilmiştir. Ayrıca, söz konusu suçta cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleşmeyeceği de belirtilmiştir. Buna karşılık başka bir görüş, ceza davası açılmasının, kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmesinde zorlayıcı bir etkisinin olduğu ifade ederek, fiilin suç olarak kabul edilmesini gerektiğini savunmuştur.¹⁶²

2. Korunan Hukuki Yarar

TCK'nun 233/1. maddesinde yer alan suç, nafaka hakkı sahibinin yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla ihdas edilmiş olup, nafaka hakkı sahibini korumaktadır. Ayrıca söz konusu suç, fiilen aile olmanın gerektirdiği bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağladığından, dolaylı bir biçimde aile düzeninin de korunmakta olduğu söylenebilmektedir.¹⁶³

3. Maddi Unsur

a. Fail

TCK'nun 233/1. maddesinde “*aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirmeyen kişi*”den söz edilmektedir. Bu durumda, suçun faili

¹⁶¹ Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, 226 – 227.

¹⁶² Karşılaştırmalı hukukta yer alan tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nuhoğlu**, 142 – 144; **Tezcan - Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 751.

¹⁶³ **Nuhoğlu**, 144; **Tezcan - Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 750; **Yaşar - Gökcan - Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6557.

ancak aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğüne sahip olan kişi/kişiler olabilecektir. Bu nedenle suç, özgü suç niteliğini taşımaktadır.¹⁶⁴ Maddede belirtilen yükümlülüğün kapsamını da Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlemek gerekecektir.¹⁶⁵

b. Mağdur

Suçun fail bakımından olduğu gibi, mağdur bakımından da özel bir nitelik aramakta olduğu görülmektedir. Nitekim, bu suç kapsamında mağdurun aile hukuku kapsamında kendisine bakım, eğitim veya destek alma hakkı tanınmış olan bir kişi olması gerekmektedir.¹⁶⁶

c. Hareket

TCK m. 233/1'de "*aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmemek*"ten söz edilmektedir. Suçun oluşması için maddede öngörülen harekete bakıldığında, suçun seçimlik hareketli ve ihmali bir suç olduğu görülmektedir.

Bu suçun oluşabilmesi bakımından aile hukukundan kaynaklanan her türlü yükümlülüğün değil, bakım, eğitim ve destek yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmalıdır. TCK'nun 232/1. maddesinde düzenlenen hareketi ortaya koyabilmek için, maddede yer verilen ve yerine getirilmemeleri halinde suçun oluşmasını sonuçlayan yükümlülük türlerine kısaca değinmek gerekir.

Bakım Yükümlülüğü: Bu yükümlülük anne ve baba açısından, evlilik içinde ya da dışında doğmuş olmasına bakılmaksızın, ortak veya ortak olmayan çocuklarına karşı söz konusu olacaktır (MK m. 327). Aile bireylerinin yaşamı, beden bütünlüğü, beslenmesi ve kişiliğinin geliştirilmesine ilişkin her tür davranış bakım yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki doktrinde, çocukların yaşamına veya beden bütünlüğüne yönelik tehlikeyi önleme yükümlülüğü bulunan aile bireylerinin, bu tehlikeyi kasten önlememeleri durumunda, TCK m. 233/1 yerine ihmal suretiyle kasten öldürme ve yaralama suçlarının gündeme geleceğine dikkat çekilmektedir.¹⁶⁷

Eğitim Yükümlülüğü: Eğitim yükümlülüğü de anne ve baba açısından, ortak olan veya ortak olmayan çocuklarına karşı söz konusu olmaktadır. MK m. 340 gereğince, anne ve baba çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki, toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Doktrinde bu yükümlülüğün, ilköğretimden yüksek öğretime kadar olan bir dönemde çocuğa eğitim olanağının sağlanmasıyla sınırlı olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Nuhoğlu, 147; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 751; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6557.

¹⁶⁵ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00.

¹⁶⁶ Nuhoğlu, 148; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 751; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6558.

¹⁶⁷ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 752.

¹⁶⁸ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 752.

Destek Yükümlülüğü: Destek yükümlülüğü, MK m. 186/3'te düzenlenen ve, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılmalarını öngören yükümlülüğü ifade etmektedir. MK m. 364'te yer alan nafaka yükümlülüğü de TCK m. 233/1 bağlamında "destek yükümlülüğü" kapsamında yer almaktadır.¹⁶⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki, MK m. 328 uyarınca, anne ve babanın bakım yükümlülüğü çocuğun ergin olmasına kadar devam etmektedir. Çocuk ergin olmasına rağmen eğitimi devam etmekte ise, anne ve baba, hal ve şartlara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde, çocuğun eğitimi sona erene kadar ona bakmakla yükümlüdürler.

d. Netice

Suçun oluşması için yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle herhangi bir zararın oluşması şartına da yer verilmemiştir. Dolayısıyla da suçun aynı zamanda bir tehlike suçu olduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda maddede somut bir tehlikenin meydana gelmesi şartı bulunmadığından, 233/1. maddede yer alan suçun, bir soyut tehlike suçu niteliğinde olduğu söylenebilmektedir.¹⁷⁰

e. Teşebbüs

TCK'nun 233/1. maddesinde yer verilen suç, ihmali hareketle işlenebilen bir suç olması dolayısıyla, bu suçta teşebbüs mümkün değildir.¹⁷¹

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç bakımından ilgilinin rızası (TCK m. 26) uygulama alanı bulmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, somut olayda ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebine ilişkin bütün koşulların gerçekleşmiş olması gerekliliğidir. Örneğin 10 yaşında bir çocuğun, ailesinin kendisine bakma yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin vereceği bir rıza, ilgilinin somut olayda rıza ehliyetini haiz olmaması sebebiyle geçersiz olacak, dolayısıyla da burada bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemeyecektir.¹⁷²

Yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk sebebi de bu suç bakımından söz konusu olacaktır. Bu duruma örnek olarak, Ailenin Korunması Hakkında Kanun uyarınca eve yaklaşması yasaklanan babanın, çocukları ile temas kuramadığı için söz konusu yükümlülüklerini yerine getirememesi durumu verilmektedir.¹⁷³

Son olarak zorunluluk haline de değinmek gerekir. Doktrinde istisnai şekilde karşılaşılabilen bu duruma örnek olarak, iflas etme tehlikesi olan bir nafaka yükümlüsünün iflas etmemek için bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek borçlarını ödemesi gösterilmektedir.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 752.

¹⁷⁰ Nuhoğlu, 148.

¹⁷¹ Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6564.

¹⁷² Nuhoğlu, 154.

¹⁷³ Nuhoğlu, 154.

¹⁷⁴ Nuhoğlu, 154.

5. Manevi Unsur

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu genel kastla işlenebilmektedir. Bu bakımdan suçun olası kastla işlenmesi mümkündür. Suça ilişkin olası kasta örnek olarak, failin yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde hak sahibinin tehlikeye maruz kalacağı öngörmesi ve bunu kabullenmesi durumu gösterilebilir.¹⁷⁵

6. İştirak

Özgü suç niteliğindeki bu suça iştirak TCK'nun 40/2. maddesinde yer alan koşullar çerçevesinde mümkün olacaktır.

7. Suçların Birleşmesi

TCK'nun 233/1. maddesindeki suç ile diğer suçların birleşmesi konusunda üzerinde durulması gereken bazı noktalar bulunmaktadır. Burada ilk olarak 233/1. maddedeki suç ile terk suçu arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak kanunun gerekçesinde "bu suçun oluşması için terk olgusunun gerçekleşmemesi gerekir. Aksi takdirde terk suçu oluşur" ifadesine yer verilmiştir.¹⁷⁶ Kanaatimizce, yükümlülük ihlalinin terk suretiyle gerçekleşmesi halinde, iki norm arasında bulunan genel norm – özel norm ilişkisi¹⁷⁷ sebebiyle, yalnızca terk suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Bir fiil ile birden fazla kişi üzerindeki yükümlülüğün ihlal edildiği durumlarda TCK'nun 43/2. maddesi doğrultusunda hüküm kurulacaktır.¹⁷⁸

Kişinin aile hukukundan doğan yükümlülüğünü ihlal eden fiilin aynı zamanda kanunda yazılı bir başka suçu da oluşturması halinde TCK'nun 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralları uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda yükümlülük ihlali oluşturan söz konusu hareketlerin aynı zamanda eziyet niteliğinde olması halinde, TCK'nun 96. maddesinde yer alan eziyet suçu ile bu suç arasında fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.¹⁷⁹

Ancak kişinin, aile hukukundan doğan yükümlülüğünü ihlal etmekle birlikte, aynı zamanda aile üyelerine şiddet de uygulaması durumunda, TCK'nun 233/1. maddesinin yanı sıra yukarıda incelemiş olduğumuz 232/1. maddeden de hüküm kurulması gerekmektedir. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, "İddianamede sanığın eşi ve çocuklarına şiddet uyguladığı ve geçimleri ve bakımlarıyla ilgilenmediğinden bahisle kamu davasının açılması karşısında şiddet ögesinin de kanıtlanması durumunda eylemlerin 5237 Sayılı TCY'nin 232/1, 233/1. maddelerine uyan iki ayrı suç oluşturduğu

¹⁷⁵ Nuhoğlu, 154.

¹⁷⁶ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerakce.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00.

¹⁷⁷ Genel norm – özel norm ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İçel - Evik, 319 – 322.

¹⁷⁸ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 754; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6564

¹⁷⁹ Nuhoğlu, 155; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 754.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

gözetilmeyerek eylemlerin tümüyle 233/1. madde kapsamına girdiğinin kabul edilmesi (...) yasaya aykırı görüldüğünden”¹⁸⁰ hükmün bozulmasına karar vermiştir.

8. Yaptırım

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunun yaptırımı bir yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. TCK'nun 49. maddesi uyarınca söz konusu cezanın alt sınırının bir ay olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Kısa süreli hapis cezası niteliğindeki bu cezanın TCK m. 50 kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.

Ayrıca TCK'nun 233/1. maddesinde suçun şikayete bağlı olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda suç, CMK'nun 253/3. maddesinde yer alan istisnaların somut olayda bulunmaması halinde uzlaşmaya tabi olacaktır.

F. Gebe Kadını Terk Suçu (TCK m. 233/2)

1. Genel Olarak

765 sayılı TCK'nunda yer almayan gebe kadını terk suçu 5237 sayılı TCK'nun 233/2. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'da 2004 Ceza Kanunu Tasarısı'nın 235/2. maddesi¹⁸¹ aynen alınmış olup söz konusu düzenleme şöyledir; “hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”.

2. Korunan Hukuki Yarar

Gebe kadını terk suçu ile korunan hukuki yarar, gebe olan kadının maddi ve manevi varlığıdır. Bunun yanı sıra annenin ruh ve beden sağlığının yerinde olup olmamasının doğacak çocuğun sağlığı üzerinde etkili olduğu göz önünde bulundurularak, doğacak çocuğun potansiyel yaşam hakkının da dolaylı şekilde korunduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir.¹⁸²

Aile düzenine karşı suçlar bölümünde yer alan bu suç bakımından fail ile mağdur arasında medeni hukuktan kaynaklanan bir aile ilişkisinin şart koşulmamış olması dikkat çekicidir. TCK'nun 233/2. maddesine göre, “kendisinden gebe bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimse” de bu suçun faili olabilmektedir. Nuhuğlu'nun da belirttiği üzere “failin eşi ve birlikte yaşadığı kadının aynı anda gebe olması durumunda fail bu kadınlardan hiçbirini terk edemeyecektir. (...) Evli olan failin evlilik dışı ilişkide birlikte yaşadığı kadının gebe kalması halinde, suç işlemek için, eşinden boşanıp, söz konusu kadınla birlikte olmayı tercih etmesi halinde, suçun aile düzenine olumsuz bir etkide bulunması söz konusu olabilecektir.”¹⁸³

Kanaatimizce aile düzenine karşı suçlar bölümünde yer verilen bu suçun, fail ile mağdur arasında medeni hukuk bakımından geçerli bir aile ilişkisini her koşulda

¹⁸⁰ 4. CD, 10.10.2007, E. 2006/4314, K. 2007/8117. www.kazanci.com, (çevrimiçi), son erişim; 02.06.2011, 21.00.

¹⁸¹ Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, 226.

¹⁸² Nuhuğlu, 157, Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 754.

¹⁸³ Nuhuğlu, 158.

aramıyor olması yerinde değildir. Zira bu durum **Nuhoğlu'nun** da örneklerle ortaya koyduğu gibi, suçun aile düzenine karşı suçlar bölümünde yer almasına rağmen, aile düzenini olumsuz şekilde etkilemeye müsait sonuçlar doğurmasına yol açabilmektedir.

3. Maddi Unsur

a. Fail

TCK'nun 233/2. maddesinde düzenlenen suçun işleniş şekli bakımından failin niteliği değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda evli gebe kadının terk edilmesi halinde fail, gebelikten haberdar olan eştir. Görüldüğü üzere burada cinsiyet ve medeni hal bakımından bir özgü suç düzenlenmiştir.

Ayrıca, evli gebe kadının terk edilmesi durumunda kanun koyucu failin yalnızca kadının gebe olduğunu biliyor olmasını yeterli görmüş, kadını kocanın gebe bırakmış olması koşulunu aramamıştır. Doktrinde kanun koyucunun, doğacak çocuğun kocadan olduğuna ilişkin karine sebebiyle bu şekilde bir düzenlemeye gittiği belirtilerek, evli olan kadının kocasından gebe kalmamış olması halinde, kocanın kadını terk etmesinin suç oluşturmayacağı ifade edilmektedir.¹⁸⁴ Ancak doktrinde yer verilen bu yorumun kanun metninin lafzıyla tam olarak örtüştüğünü söylemek mümkün değildir.

Evli olmayan hamile bir kadının terki halinde ise fail, kadın ile sürekli yaşayan ve bu kadını gebe bırakmış olan erkektir. Bu durumda kanun koyucu evli bir hamile kadının terkenden farklı olarak, failin kendisinden gebe bulunduğunu bildiği kadını terk etmesi gerektiği şartını özel olarak aramıştır. Bu bağlamda sürekli yaşadığı kişiden başka bir erkekte gebe kalmış olan kadının terki durumunda bu suç meydana gelmeyecektir.

TCK m. 233/2'de yer alan suç bakımından gebeliğin mağdur tarafından istenip istenmemesi ya da mağdurun gebeliği sona erdirmeyi düşünüp düşünmemesi ise suçun oluşumu bakımından önem arz etmemektedir.¹⁸⁵

b. Mağdur

Suçun mağduru ancak gebe olan kadın olabilir. Mağdurun evli olması halinde suçun oluşabilmesi eşi tarafından terk edilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda evli bir kadının eşinden başka bir kişiden gebe kalması ve bu kişi tarafından terk edilmesi halinde söz konusu suç oluşmayacaktır.

Mağdurun evli olmayan bir kadın olması halinde ise suçun oluşabilmesi için, sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kaldığını bilen erkek tarafından terk edilmiş olması gerekmektedir. Bu durumda bir kişinin sürekli birlikte yaşamadığı ya da evli olmadığı bir kadını gebe bırakması ve çaresiz şekilde terk etmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Evli olmayanlar açısından bu suçun işlenebilmesi için aranan "*sürekli birlikte yaşamak*" koşulu ise, fail ile mağdurun aynı konut içerisinde karı – koca gibi yaşaması anlamını taşımaktadır.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Nuhoğlu, 159; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 755; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6558.

¹⁸⁵ Nuhoğlu, 158; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 754.

¹⁸⁶ Nuhoğlu, 158; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 754, 755; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6558 – 6559.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

c. Önşart

Suçun önşartı mağdur kadının gebe olmasıdır. Önşartlar fiilin icrasından önce gerçekleşen unsurlar olup, bunların fail tarafından bilinmesi yeterlidir. Bunların ayrıca fail tarafından istenmesine gerek yoktur.¹⁸⁷ Bu suç bakımından da failin kadının gebe kaldığını bilmesi gerekmele birlikte, söz konusu gebeliğin fail tarafından istenip istenmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.¹⁸⁸

d. Hareket ve Netice

Söz konusu suç bakımından hareket, “çaresiz durumda terk etmek” olarak belirlenmiştir. Kanunun gerekçesinde bu kavram “her türlü yardımı yapmaksızın ortada bırakmak” olarak açıklanmaktadır.¹⁸⁹ Gerekçede yer alan bu ifadeden hareketle doktrinde, fiili terkin yanı sıra, mali ya da manevi ihtiyaçların ihmalinin de bu suç kapsamında değerlendirilebileceği görüşü ileri sürülmektedir.¹⁹⁰

Kanaatimizce bu suçun hem icrai hem de ihmali şekilde işlenmesi mümkündür. Yukarıda “terk suçu” bakımından harekete ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar bu suç bakımından da geçerli olmakla birlikte, TCK m. 233/2 açısından mağdurun “çaresiz” durumda terk edilmiş olması kavramına da değinmek gerekir. Bu suçun tamamlanması için terk fiili sonucunda kadının çaresiz duruma düşmüş olması gerekmektedir. Eroğlu’ya göre, söz konusu suç bakımından bir önşart ya da cezalandırılabilme koşulu niteliği taşımayan “çaresiz duruma düşmek”, suçun neticesine dahil olarak kabul edilmelidir. Bayraktar ise kadının çaresiz duruma düşmüş olmasını, bir önşart olarak değerlendirmektedir.

“Çaresiz duruma düşmek” kavramı maddi çaresizliği kapsadığı gibi, manevi çaresizliği de kapsamaktadır. Bu bağlamda terk sebebiyle kadının maddi gereksinimlerini karşılayamaması halinde suç meydana geleceği gibi, terk sebebiyle kadının ailevi ya da psikolojik bakımlardan çok zor durumda kalması halinde de bu suç oluşabilecek-
tir.¹⁹¹

e. Teşebbüs

Yukarıda “terk suçuna” bakımından teşebbüse ilişkin olarak yapmış olduğumuz genel açıklamalar TCK’nun 233/2. maddesi açısından geçerlidir. Bu bağlamda gerek hareket başlığı altında değinmiş olduğumuz gerekse “terk suçu” bakımından örneklerle açıklanmış olduğumuz gibi, kanaatimizce bu suçun icrai hareketlerle işlenmesi de mümkün olduğundan teşebbüse müsait olduğu kanaatini taşımaktayız.¹⁹²

¹⁸⁷ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, İstanbul, 1994, 312 – 316; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011, 190 – 191.

¹⁸⁸ Nuhoglu, 159.

¹⁸⁹ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00.

¹⁹⁰ Tezcan / Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 755.

¹⁹¹ Nuhoglu, 160, Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 755; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6562; Parlar - Hatipoğlu, 3411; Gerçekler, 2476.

¹⁹² TCK’nun 233/2. maddesinde yer alan “gebe kadının terki” suçunun ihmali bir suç olduğu için teşebbüsün söz konusu olmadığını belirten bir görüş olarak bkz. Nuhoglu, 162; Tezcan - Erdem - Önok, YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)

4. Manevi Unsur

Suçun manevi unsurunu genel kast oluşturmaktadır. Failin kastı hamile kadını çaresiz şekilde terk etmeye ilişkin olmalıdır. Yani fail hamile kadını çaresiz şekilde terk etmeyi bilmeli ve istemelidir. Ancak failin kadını gebe bırakmayı istemiş olup olmamasının önemi bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, suçun önşartı niteliğindeki “gebeliğin” fail tarafından yalnızca bilinmesi yeterlidir.¹⁹³

Suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki, evli olmayan gebe bir kadının terki bakımından kanun koyucu failin “kendisinden gebe kalmış olduğunu bildiği” kadını terkinden söz etmektedir. Ancak burada “bilmenin” kanun koyucu tarafından vurgulanmış olması sebebiyle suçun olası kastla işlenemeyeceğini söylemek mümkün olamaz. Zira buradaki “bilmek” terimi suçun manevi unsuruna ilişkin olmayıp, burada “kadının hamile olduğunun bilinmesi” gerektiği vurgulanmakta olup, bu terim suçun önşartına ilişkindir.¹⁹⁴

5. İştirak

Yukarıda suçun faili incelenirken açıklamış olduğumuz gibi TCK’nun 233/3. maddesinde yer alan suç özgülüğü suç niteliğindedir. Bu bakımdan suça iştirak açısından TCK’nun 40/2. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

6. Suçların Birleşmesi

Suçların birleşmesi bakımından TCK m. 233/2 ile TCK m. 233/1 arasında bir ilişki bulunabilmektedir. Failin hamile eşini terk etmesi halinde TCK m. 233/3’deki suç oluşacağı gibi, bu fiil aynı zamanda TCK m. 233/1’de düzenlenen “aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunu” da oluşturacaktır. Bu durumda, TCK m. 233/2’nin TCK m. 233/1’e göre özel hüküm olması sebebiyle faile yalnızca 233/2. madde kapsamında ceza verilecektir.¹⁹⁵

7. Yaptırım

Hamile kadını terk suçunun cezası TCK’nun 233/2. maddesinde üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Kısa süreli hapis cezası niteliğindeki bu yaptırım, TCK m. 50 kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilebileceği gibi, TCK m. 51 uyarınca hapis cezasının ertelenmesi de mümkündür.

G. Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığını Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 233/3)

1. Genel Olarak

Çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığını tehlikeye sokma suçu, 2004 Ceza Kanunu Tasarısı’nda yer alan 235/3. maddenin¹⁹⁶ aynı şekilde tekrarı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 233/3. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

Ceza Özel Hukuku, 755; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6564; Gerçekler, 2476.

¹⁹³ Nuhoglu, 161.

¹⁹⁴ Nuhoglu, 161.

¹⁹⁵ Nuhoglu, 162; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 755 – 756.

¹⁹⁶ Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, 226.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

“Velâyet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadî sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddî ve manevî özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlâk, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

TCK'nun 233/3. maddesinde yer alan düzenleme doktrinde pek çok açıdan eleştirilmektedir. Bu bağlamda bizim de katıldığımız ve düzenlemeye getirilen önemli eleştirilerden biri kanunilik ilkesi çerçevesindedir. Söz konusu madde metni yorum ve uygulamada duraksamaya yol açacak şekilde olup pek çok yönüyle belirlilik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Nitekim, maddede yer verilen kavramlardan bilhassa “çocuğun ahlakının tehlikeye sokulması” kavramının ne şekilde yorumlanması gerektiği, bu kavramın hangi ölçütler çerçevesinde belirlenebileceği açık değildir. Benzer şekilde ana veya babanın “onur kırıcı tavır ve hareketlerinin” neler olduğu konusunda da genel kabul görmüş, toplumda geçerli bir ölçüt bulunmamaktadır.¹⁹⁷

Maddede yer verilen düzenlemeyi açıklamak amacıyla madde gerekçesinde, “üçüncü fıkra, doktrinde manevî terk olarak tanımlanan ailenin terki suçunu cezalandırmaktadır. Suç, itiyadî sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma ya da onur kırıcı yaşayış tarzı nedeni ile özen noksanı veya kusurundan dolayı çocukların ahlâk, güvenlik ve sağlıklarının ağır şekilde tehlikeye karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır” denilmektedir.¹⁹⁸ Ancak gerekçede yer verilen bu açıklamanın madde metninde yer alan muğlak kavramları açıklayamamakta olduğu görülmektedir.

2. Korunan Hukuki Yarar

TCK'nun 233/3. maddesinde yer alan suçla korunan hukuki yarar, çocuğun maddî ve manevî varlığı ile fiziksel, ruhsal ve ahlaki gelişimidir.¹⁹⁹

3. Maddî Unsur

a. Fail ve Mağdur

Bu suçun faili, velayet hakkı kaldırılmış da olsa, ana veya baba olabilir. Bu bakımdan söz konusu suç, özgü bir suç olarak düzenlenmiştir.

Suçun mağduru ise çocuktur. Ceza kanunlarının uygulanması bakımından “çocuk” tanımına TCK'nun 6/b maddesinde yer verilmiştir. Buna göre çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılacaktır. Nuhoğlu'nun da belirttiği gibi bu suçun mağduru, failin velayeti altında bulunan çocuklar veya velayet kalkmış da olsa failin çocuklarıdır.²⁰⁰

¹⁹⁷ Nuhoğlu, 163; maddede yer verilen kavramların belirsiz olduğunu ifade ederek düzenlemeyi eleştiren bir diğer görüş olarak bkz. Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 757. Bu bağlamda Tezcan - Erdem - Önok, madde hükmünün değiştirilmesinin ya da mahkemeler tarafından somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülerek iptalinin gerekli olduğunu belirtmektedir (Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 757 - 758).

¹⁹⁸ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00.

¹⁹⁹ Nuhoğlu, 165; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 756.

²⁰⁰ Nuhoğlu, 166.

b. Hareket ve Netice

Bu suç bakımından hareket, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığıdır.

Söz konusu suç bakımından maddi ve manevi özen noksanlığı yalnızca madde seçimlik olarak sayılan “itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketler” ile işlenebileceğinden bu suç bağlı hareketli bir suçtur.²⁰¹ Dolayısıyla ana ya da babanın sayılan bu hareketleri gerçekleştirmeden başka bir şekilde çocuğun sağlık, güvenlik ve ahlakını tehlikeye sokarsa bu suç oluşmayacaktır. Doktrinde çocuğun sağlık, güvenlik ve ahlakını tehlikeye sokan hareketler arasındaki farkı anlamının mümkün olmadığı belirtilerek düzenleme eleştirilmektedir.²⁰²

Doktrinde bir görüş, madde metninde “özen noksanlığından” söz edilmesinden hareketle, bu suçun sadece ihmali hareketle işlenebileceğini belirtmektedir.²⁰³ Diğer bir görüşe göre ise bu suçun ihmali ya da icrai hareketlerle işlenebilmesi mümkündür. Zira **Tezcan - Erdem - Önok** tarafından da değinildiği gibi, maddede yer verilen “itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu” bu suçun işlenebilmesi mümkündür ve söz konusu bu hareketler icrai bir şekilde ortaya çıkabilmektedir. **Tezcan - Erdem - Önok**'a göre burada tartışma konusu sorun, madde metninde kavramların özensiz bir biçimde ve anlamı belirsiz şekilde kullanılmış olmasından kaynaklanmaktadır.²⁰⁴

Kanaatimizce bu suç “birden fazla hareketli suçlar” başlığı altında yer alan “birleşmiş hareketli suç” niteliğini taşımaktadır. Birleşmiş hareketli suçlarda kanun koyucu ceza normunda birden fazla hareket göstermekte ve suçun oluşması için bu hareketlerin hepsinin fail tarafından yapılmasını istemektedir. Seçimlik hareketli suçlardan farklı olarak birleşmiş hareketli suçlarda, hareketlerden yalnızca birinin yapılması halinde faile ceza verilmemektedir.²⁰⁵

TCK'nun 233/3. maddesinde yer alan suç bakımından kanunda öngörülen hareketlerin ilk kısmı, kendi içinde seçimlik nitelikte olup, failin itiyadi sarhoşluk içinde bulunması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması veya onur kırıcı davranışlar göstermesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu ilk kısmın icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte, suçun hareketlerinin ikinci kısmını oluşturan “özen noksanlığı”, ihmali niteliktedir. Suçun tamamlanabilmesi için fail tarafından her iki kısmın birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Madde metninin kaleme alınmış şekli pek çok açıdan eleştiriye konu olmaktadır. Bu bağlamda dikkati çeken ilk husus, maddede sarhoşluğun itiyadi olması gerektiği belirtilmekte iken, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı bakımından bu tür bir koşulun aranmıyordur.

²⁰¹ Nuhoğlu, 166.

²⁰² Nuhoğlu, 164.

²⁰³ Nuhoğlu, 167.

²⁰⁴ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 756, dn. 229.

²⁰⁵ Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, 256.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Maddede yer verilen “onur kırıcı tavır ve hareketler” ibaresi de eleştiriye muhtaçtır. Zira yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, “onur kırıcı tavır ve hareketlerin” kapsamı son derece belirsizdir. Madde gerekçesinde ise “(...) *onur kırıcı yaşayış tarzı nedeni ile özen noksanı veya kusurundan dolayı (...)*” ifadesine yer verilmektedir. Gerekçede yer verilen bu ifade maddenin kapsamını belirlemeye yardımcı olmaktan ziyade kavramların daha çok karışmasına sebep olmaktadır. Zira gerekçede yer verilen “*onur kırıcı yaşayış tarzı*” kavramı ile madde metninde yer alan “*onur kırıcı tavır ve hareket*” aynı anlama gelmemektedir.²⁰⁶ Bu bağlamda örneğin bir annenin fuhşu meslek edinmiş olması “*onur kırıcı yaşayış tarzı*” kapsamında kabul edilebilse bile bu durumun 233/3. madde kapsamında “*çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan onur kırıcı tavır ve hareket*” olduğunu söylemek mümkün değildir.

Ayrıca **kanaatimizce** maddede bahsi geçen onur kırıcı tavır ve hareketleri, mağdur çocuğa yönelik gerçekleştirilen tavır ve hareketler olarak kabul etmek gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu ifadeyi genel şekilde failin “*onur kırıcı yaşayış tarzı*” olarak anlamak ve maddeyi bu doğrultuda yorumlamak hatalı sonuçlara sebebiyet verecektir. Gerçekten, gerekçede ifadesini bulan anlayış, fail ceza hukukunun bir yansıması olup, failin tehlikeliliğini cezalandırma anlamına gelmektedir. Bu ise, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusur ilkelerine de aykırılık oluşturacaktır.

Suçun meydana gelebilmesi için maddede sayılan hareketlerle “*çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye sokulması*” gerekmektedir. Doktrinde bir görüş söz konusu tehlikenin doğmasının cezalandırılabilme şartı olduğunu savunmaktadır.²⁰⁷ Ancak **kanaatimizce** burada bir cezalandırılabilme şartı mevcut olmayıp, bu suç netice bakımından bir somut tehlike suçu niteliğindedir.²⁰⁸

c. Teşebbüs

Bu suç yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi birleşmiş hareketli suç niteliğinde olduğundan ikinci hareketin yapılmaması suç tipinin oluşmaması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla ikinci hareketin yapılmaması halinde yani suçun hareketlerinin ikinci kısmını oluşturan özen noksanlığının somut olayda mevcut olmaması halinde fail teşebbüsten cezalandırılmayacaktır.²⁰⁹

4. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru genel kasttır. **Kanaatimizce** suç bir somut tehlike suçu olduğundan ve “*çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye sokulması*” cezalandırılabilme şartı niteliğini taşımadığından, failin çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır şekilde tehlikeye sokulduğunu da bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, kastın bunları da kapsamaması gerekmektedir.²¹⁰

Belirtmek gerekir ki madde metni doktrinde suçun manevi unsurunun belirsiz olması sebebiyle de eleştirilmektedir. Bu bağlamda madde metninde yer verilen “*maddi ve manevi özen noksanlığı*” ibaresinin maddi unsura mı dahil olduğu, yoksa

²⁰⁶ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 757.

²⁰⁷ Nuhoğlu, 166; Yaşar - Gökcan - Artuç, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, 6563.

²⁰⁸ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 756; Parlar - Hatipoğlu, 3412; Gerçekler, 2476.

²⁰⁹ Artuk - Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 258.

²¹⁰ Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 757. Karşı görüş için bkz. Nuhoğlu, 169.

taksiri mi işaret ettiğinin belli olmadığı ifade edilmektedir. Gerekçede yer alan “suç, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma ya da onur kırıcı yaşayış tarzı nedeni ile özen noksanı veya kusurundan dolayı çocukların ahlâk, güvenlik ve sağlıklarının ağır şekilde tehlikeyle karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır” ifadesi²¹¹ de durumu açıklığa kavuşturmaktan ziyade maddenin yorumunu zorlaştırmaktadır. Nitekim gerekçede yer verilen “özen noksanı veya kusur” terimlerinin neden birlikte kullanıldığı anlaşılamadığı gibi, “özen noksanlığı” ile taksire mi işaret edilmekte olduğu sorusu gündeme gelmektedir.²¹²

Kanaatimizce TCK’nun 22/1 maddesi gereğince taksirli bir eylemin suç oluşturabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmiş olması şart olduğundan bu suçun taksirle işlenmesi söz konusu olmayacaktır. Nitekim kanunda söz konusu eylemin taksirle işlendiğinde cezalandırılabilmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak maddede yer verilen “özen noksanlığı” ibaresi ile TCK’nun 22/1. maddesi kapsamında yer alan “dikkat ve özen yükümlülüğüne” aykırılık kavramlarının oldukça yakın kavramlar olması sebebiyle tartışmalara yol açmakta olduğu da bir gerçektir. Suçun manevi unsuruna ilişkin bu tartışmalara hükmün kaleme alınışında kavramların dikkatli biçimde seçilmemiş olması neden olmakta, bu durum maddenin uygulama ve yorumunu güçleştirmektedir. Bu gibi belirsizliklerin bir ceza hükmünde yer alması oldukça sakıncalıdır ve madde metninin en kısa zamanda belirlilik ilkesine uygun bir şekilde düzeltilmesi gerekmektedir.²¹³

5. İştirak

TCK’nun 233/1. maddesinde düzenlenen suç, sadece ana veya baba tarafından işlenen bir özgü suç niteliğindedir. Bu sebeple söz konusu suça TCK’nun 40/2. maddesi kapsamında iştirak mümkün olacaktır.

6. Suçların Birleşmesi

Failin bu suçu birden fazla mağdura karşı tek bir hareketle işlemesi mümkün olabilmektedir. Bu durumda TCK’nun “zincirleme suç” başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrası uygulama alanı bulacak ve faile ilişkin bir cezaya hükmedilerek bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.²¹⁴

7. Yaptırım

Suçun yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Söz konusu yaptırım kısa süreli hapis cezası niteliğindedir. Bu durumda söz konusu hapis cezasının TCK m. 50 kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi mümkün olduğu gibi, TCK m. 51 uyarınca ertelenmesi de mümkündür.

²¹¹ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (çevrimiçi), son erişim 30.07.2011, 20.00.

²¹² Nuhoglu, 169 – 170; Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 757.

²¹³ Benzer bir eleştiri için bkz. Tezcan - Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 757 – 758.

²¹⁴ Nuhoglu, 170.

SONUÇ

Aile içi şiddet, ülkemiz bakımından sürekli gündemi meşgul eden ve çok önem taşıyan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soruna çözüm getirebilmek için mevzuatımızda, özellikle ceza hukuku alanında pek çok hükme yer verilmiştir. Ancak mevzuatta yer alan bu hükümler ve uygulama aile içi şiddet sorununu çözmede yeterli olamamaktadır. Gerçekleştirilen kanun değişiklikleri ve uygulamada karşılaşılan sorunlar da söz konusu mevzuat hükümlerinin sorunun çözümünde yeterli olamadığı gerçeğini bizlere göstermektedir.

Ülkemizde çeşitli kesimlerin karşı karşıya kaldığı sosyal, kültürel, iktisadi sorunların ve eğitim seviyesinin düşüklüğünün aile içi şiddetin önemli sebeplerini teşkil ettiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, söz konusu sorunlar ortadan kaldırılmadığı sürece, tek başına kanuni düzenlemelerin, aile içi şiddet sorununun tam olarak çözülmesinde yeterli olamayacağı da bir gerçektir.

KAYNAKÇA

Arslan Öncü, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. III, Ankara, Turhan Yay., 2009.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. IV, Ankara, Turhan Yay., 2009.

Artuk, Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Turhan Yayınevi, 2010.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Ayata, Gökçeççek / Eryılmaz Dilek, Sevinç, Kadınlar İçin Gerçek Adalet, Güncel Hukuk, Kasım 2010.

Bakırcı, Kadriye, Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal Mevzuatın Uluslararası Belgeler ve Avrupa Belgeleri Karşısındaki Durumu, Güncel Hukuk, Eylül 2007.

Bantekas, Ilias / Nash, Susan, International Criminal Law, London, Cavendish Publishing, 2003.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul, Beta Yay., 2007.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.

Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yay., 2007.

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16 bs., İstanbul, Beta Yay., 2001.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, İstanbul, Beta Yayınevi, 1994.

Erman, Sahir / Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1994.

Feyzioğlu, Metin, Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bi-reylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001.

Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt I, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003.

Gerçekler, Hasan, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Ankara, Cantekin Matbaacılık, 2011.

Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. II, Ankara, 2009.

Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. IV, Ankara, 2009.

İçel, Kayıhan / Evik, A. Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. I, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2007.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2007.

Nuhoğlu, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.

Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. II, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.

Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, İstanbul, Vedat Yay., 2006.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009.

Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, C. III, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Yenerer Çakmut, Özlem, Türk Ceza Yasasında Terk Suçu (TCK. m.97), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2007, C. LXV, S. 2.

Yeni Ceza Adalet Sistemi, Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL, Yayın No: 3, İstanbul, Ekim 2004.

Çevrimiçi Kaynaklar

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>

<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta02/erec1582.htm>

<http://www.yargitay.gov.tr/aihmu/upload/33401-02.pdf>

www.kazanci.com.tr

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

GÜVENLİK KÜLTÜRÜ (SAFETY CULTURE)

Prof. Dr. Şarman GENÇAY*

ÖZET

Güvenlik Kültürü'nün çeşitli tanımları verilmiştir. Bir işyerinde oluşumunun, olmazsa olmaz önemi belirtilmiş, sağlıklı ve güvenli çalışma ortamı yönetimin iyi bir mühendislik altyapısı yanında güvenlik kültürünün oluşmasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Güvenlik kültürü oluşması gayretleri yanında, bu hedefe ulaşmanın sağlanıp sağlanmadığının saptanmasının önemi belirtilerek, ilgili değerlendirme çalışmalarından bahsedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik kültürü, güvenli ortam, anketli araştırma, güvenlik önlemleri yönetimi.

ABSTRACT

An organisation's health and safety management depends on safety culture as well as good engineering practices. The assessment of safety culture has great importance to test the achievements towards the desired target. Therefore, the related methods are also considered.

Keywords: *Safety culture, safety climate, questionnaire research, safety management.*

Ülkemizde, meydana gelen iş kazaları büyük ölçüde can kaybına ve yaralamalara neden olmakta, ailelerini ve hepimizi derin bir yasa gömmektedir. Korkunç kazalar ve can kayıpları bu işlerde çalışanları, kendilerini bile bile sakınamayacakları tehlikelere hergün atıyor olmanın çaresizliğine esir etmekte, üzerlerine büyük bir mutsuzluk ve geleceklerinin belirsizleşmesi duygusunun dayanılmaz ağırlığını yüklemektedir. Böyle bir moral bozukluğu baskısının esiri olmayı insanlar hakketmemektedirler. Yakın zamanlarda korkunç iş kazalarının adeta ısrarla üstüste meydana gelmesi, yarattığı ızdırabın ötesinde neyi yalmış yaptığımızı çok ciddi bir şekilde düşünmemizi ve gereken önlemleri almak üzere hemen harekete geçmemizi zorunlu kılmaktadır. Özellikle son Van depreminin yarattığı acılar da güvenlik konusunda eksiklerimizi gözden geçirmemizi gerektirmektedir.

İnsanoğlu teknoloji ve yüksek teknoloji gereği çok tehlikeli işlere atılmakta fakat öncesinde düşünebildiği tüm önlemleri almakta ve olasılıkları hesaplamaya çalışmaktadır. Teknolojinin karmaşık koridorlarında elinden geldiğince önünü görmeye ve bir boşluk bırakmamaya gayret etmektedir. Bilindiği gibi 1986 yılında Chernobyl nükleer santralında korkunç ve nükleer reaktör işletmeciliğinin silinemeyecek yüz karası olan bir kaza meydana geldi. Bu kaza sonrası yapılan incelemeler, çalışmalar ve her konudaki iş kazalarının önlenmesi yönündeki fikir yürütmeler sonucu ilgili kurumların

ve çalışanların “Güvenlik Kültürü”ne (GK) sahip kılınmasının kaçınılmaz olduğu anlaşıldı. Bu konuda ilerlemeler kaydedilmiş önemli çalışmalar yapılmış olmasına rağmen 11 Mart 2011 tarihinde meydana gelen ve depremin tetiklediği Tsunami dalgasının neden olduğu Fukushima zincirleme nükleer kazası sonrası da GK ile ilgili zaafılar söz konusu olmuştur.

Aslında, konu yeni değildir ve 1930’ lu yıllarda Heinrich “Domino Kuramı” ile ortaya konmuştur¹. Ana hatları ile bu kuramda, kazanın meydana geldiği ortamın olumsuzlukları, sırası ile yıkılarak sonuç yıkıntıyı yaratan domino taşlarının birincisi olarak kabul edilmekte, diğer dördünün ise, kişisel hatalar, güvenlikten yoksun davranmalar, kazalar ve yaralanmalar olduğu ifade edilmektedir. O yıllardan başlayarak bu konuda çeşitli çalışmalar yapılmış olmakla birlikte 1986 Chernobyl kazasından sonra gündeme, “Güvenlik Kültürü” (GK) olarak yoğun bir şekilde oturmuştur. Kavramın çeşitli tanımları yapılmıştır. Bu konuda fikir birliği tam olarak sağlanmamış olsa dahi gerekliliği konusunda ilgili çevrelerde bir anlaşma oluşmuştur.

Güvenlik kültürü ile ilgili genel çerçeve Chernobyl kazasının, idari ve insani faktörlerin güvenliğin sağlanması üzerindeki önemli etkilerinin varlığını göstermesinden sonra oluşturulmuştur². Güvenlik Kültürü adlandırması ilk defa 1988 yılında yapılan bir Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı toplantısında yapılmıştır. Kişi ve organizasyonlarda risk ve güvenlik konularındaki bilgi yetersizliğinin felaketlerin oluşmasına katkı sağlıyor olmasını açıklamanın bir yolu olarak ortaya atılmıştır. Chernobyl deneyimi, insanın kendisi ve kuruluşların yönetimi ile ilgili etmenlerin, güvenliğin sağlanması üzerindeki önemli etkilerinin varlığını göstermiş, tehlikenin giderilmesindeki zaafılar konusunda bu unsurlar üzerinde yani, insan ve ilgili kuruluşlar üzerinde yoğunlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Diğer bir deyişle, sadece çalışma yerinin ve içindeki makina ve donanımların uygun tasarlanması yeterli değildir³.

Çeşitli tanımların ortak yönü GK’nın, ilgili kuruluşun personeli tarafından ortak olarak paylaşılan güvenlik algılaması olmasıdır. Diğer bir deyişle, güvenlikte ortak algılamının oluşması da denilebilir. Güvenlik kültürünün ortak bir tavır, davranış biçimi ve çalışma aktivitesi olduğu şeklinde yorumlar yapılabilir. Dolayısı ile güvenlik kültürünün, bir iş yerinde çalışanların nasıl davranacağı yönünde oluşturulmuş bir rehber etkisinin yaratılması beklentisi olduğu söylenebilir. Bir organizasyonda, güvenlik kültürünün nasıl algılandığı önemlidir. Çünkü, çalışanların çeşitli konulardaki performanslarını ve organizasyonun güvenliğini etkileyecektir. Bu nedenle, GK çalışma yerinin ve içindeki makinaların uygun tasarlanması konusunun ötesinde, orada çalışanların güvenlik konusundaki ortak anlayış, duruş ve davranışları ile de ilgilidir⁴. Çok sayıda araştırmacı GK’yı güvenlikte ortak bir algılama olarak belirtmiştir.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yanı Zamanlı Öğretim Üyesi, e-posta: sarman@gencay.net

¹ H. Heinrich, “Industrial Accident Prevention” Mc-Graw-Hill, New York, NY, (1931); H. Heinrich, D. Petersen & N. Roos, “Industrial Accident Prevention”. Mc-Graw-Hill, New York, NY, 1980.

² FLIN, R., MEARNES, K., O’CONNOR, P. & BRYDEN, R. “Measuring safety Climate: Identifying the common features” Safety Science 34, 2000.

³ International Nuclear Safety Group, “Safety Culture” Safety Series No.75 – INSAG-4 Vienna, 1991.

⁴ C. Stobier, A. Baer, N. Pelzer, W.Tonhauser, “Handbook on Nuclear Law”, IAEA, Vienna, 2003.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Uluslararası Atom Enerjisi Ajansına (IAEA) bağlı INSAG (International Nuclear Safety Advisory Group) tarafından verilen tanım: “Güvenlik kültürü, doğası nedeniyle içerdiği önemden kaynaklanan nükleer güç santralleri güvenliği konusunun, büyük önceliği nedeniyle, şahıs ve organizasyonlarda oluşturulması gereken davranış biçimi ve niteliklerin tümüdür”⁵. İngiltere (U.K.) Sağlık ve Güvenlik Komisyonu tarafından verilen GK genel tanımı ise şu şekilde ifade edilmiştir: “ Bir organizasyonun güvenlik kültürü; organizasyonu oluşturan kişiler ve gurupların sahip oldukları değerlerin, davranış biçimlerinin, kavrayışlarının, yeterliliklerinin tümünün bir ürünü olup, organizasyonun sağlık ve güvenlik konusundaki duruşunu, bilgisini, konuya ve taahhütlerine bağlılığını belirler”⁶. Dolayısı ile GK’ü çalışanların ve yönetimin güvenlik konusunda ortak bir algılamaya, diğer bir deyişle ortak bir topluluk bilincine sahip olması anlamına gelmektedir. Bugün için GK’ü güvenliğin sağlanmasında olmazsa olmaz bir oluşum olarak görülmelidir.

Sorun GK’nün nasıl sağlanacağıdır⁷. İlk ve önemli bileşen yasalardır. Yasal düzenlemenin hedefi; şahısları, toplumu ve çevreyi korumaktır. Yasaların içeriği GK için ulusal dayanağı oluşturur. Bununla yetinilmeyip “Tavsiye ve Düzenleme Kurulları” oluşturulmalıdır. Mali olanakların ve görevlilerin bağımsız ve özgür çalışabilecekleri ortamın sağlanması önemlidir.

İkinci bileşen güvenliği sağlamakla yükümlü olan yöneticiler ve onların çalıştığı organizasyonların başında olan üst makamlardır. Bunlar iş yerindeki güvenlik sorumluları veya bir bakanlıkta bulunan güvenlikle ilgili dairenin görevlileri olabilir.

Yöneticilerden Beklenenler: Çalışanlar tek ve bilinen bir otorite tarafından izlenmeli ve bu otorite onların sorumluluklarını yerine getirmelerini kolaylaştıracak çabayı göstermelidir. Bireyleri, çalışma ortamı önemli ölçüde etkilemektedir. Çalışanlarda oluşturulmak istenen GK’ü, dolayısı ile ortak davranış bilincinin sağlanmasında önemli iki etkenin; çalışanların güvenliği sağlama yükümlülüklerine bakışları ve çalışma ortamının güvenliğin sağlanmasını kolaylaştıracak şekilde düzenlenmesi olduğu tespit edilmiştir. Yönetici söz konusu bakış açısını güçlendirmeli ve beklenen ortamı sağlamalıdır. Yöneticinin sorumluluğu, organizasyonun güvenlik politikası ve hedeflerini dikkate alarak bu hususların gerçekleşmesini sağlamaktır. Öncelikle kişilerin ve idarenin sorumlulukları iyi incelenerek tanımlanmalıdır. Gerekli evrak ve bildirimler yeterince ayrıntılı bir şekilde hazırlanarak karışıklığa meydan vermeyecek tarzda yazıya dökülmeli ve ilgililerin istifadesine sunulmalıdır. İdarenin ve kişilerin sorumluluklarında eksiklikler, çakışmalar olmamalı, paylaşılan sorumluluklar bir problem çıkarmamalıdır. Çalışanlar, kendi sorumlulukları kadar yakın çalışma arkadaşlarının ve bağlı oldukları idari birimin de sorumluluklarını ve bunların birbirini tamamladığını iyi bilmelidirler. Ayrıca, yeterli kayıt tutulması, bilgi formları ve izlenmesi, değerlendirilmesi, çalışanların GK’üne sahip olmaları yönünde eğitimi, başarımın ödüllendirilmesi, çalışanların istenen yeterlilikte olduğunun garanti edilmesi idarecinin görevleri arasındadır.

⁵ International Nuclear Safety Group, “Safety Culture” Safety Series No.75 – INSAG-4 Vienna, 1991.

⁶ HSC (HEALTH AND SAFETY COMMISSION), 1993. Third report: organizing for safety. ACSNI Study Group on Human Factors. HMSO, London.

⁷ International Nuclear Safety Group, “Safety Culture” Safety Series No.75 – INSAG-4 Vienna, 1991; C. Stobier, A. Baer, N. Pelzer, W.Tonhauser, “ Handbook on Nuclear Law”, IAEA, Vienna, 2003.

Üçüncü ve en önemli adım çalışanların uyumu, GK'üne inanması ve bir parçası olmasıdır. Bunun sağlanması önceki iki adımın başarısına bağlıdır. Çalışanlar, kendilerini konu ile ilgili olarak sorgulamayı, güvenlik konusuna, titiz, dikkatli ve sağ görüşlü yaklaşımı öğrenmeli ve aralarında iyi bir iletişim olmalıdır. Yerine getirdikleri görevde güvenliğin nasıl sağlanacağını ve kendilerini bekleyen tehlikeleri kavramış olmalıdırlar. Bu konuda bilgisiz olanın bu ortamda yeri olmamalı ve bu tehlikeli görevlerde çalışmamalıdır.

Diğer önemli sorun ise, bu yönde çalışmaların istenen GK'ü hedefine ulaşmada ne ölçüde başarı sağladığının saptanmasıdır. Bu nedenle çeşitli, "Güvenlik Kültürü Değerlendirme" çalışmaları yapılmıştır. Bailey ve Petersen⁸ güvenlik algısının izlenmesinin önemini vurgulayan çalışmalarında güvenlik sistemlerinin etkinliğini incelemişlerdir. Ref 8'de GK izleme çalışmasının nasıl yönetilmesi gerektiği ve sonuçların GK'ünü geliştirmede nasıl kullanılacağı incelenmiştir. Aynı çalışmada Bruce Kaplan'ın 1989 yılında yaptığı orijinal güvenlik normları izleme çalışması da anlatılmaktadır. Bu konuda önemli çalışmalar Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA), Güvenlik Kültürü Değerlendirme Takımı (SCART) tarafından yapılmaktadır⁹. Ana hatları ile "Delphy yöntemi" olarak anılan eski bir yöntem uygulanmaktadır. Değerlendirme bir özel jüri tarafından yapılmakta, jüri üyeleri raporlarını birbirlerine iletmekte, görüşlerden yararlanarak kendi raporlarını yenilemekte ve böylece değerlendirmeyi sonuçlandırmaktadırlar. Bu yöntem pek çok çeşitli konuya uygulanabilir. Önemli olan SCART'ın seçtiği hedefler, düzenlediği çalışma planıdır. Genelde yöneticilerden beklenenler ve çalışanların uyumu incelenir. Özel hazırlanmış soru formları kullanılmaktadır. GK gibi toplumda oluşması istenen ortak ve tüm toplumu korumaya yönelik, ayrıca üyelerinde işyerine uygun olarak özel bilgi birikimini gerektiren ortak sorumluluk bilincinin oluşmasını izlemek için yapılacak anketlerin, sorulacak soruların iyi hazırlanmış olması gerekmektedir.

Değerlendirme çalışmaları, iş yerinde GK'nün güçlü bir şekilde oluşmasının sağlanıp sağlanmadığının en iyi bir şekilde saptanması ve eksikliklerin giderilmesi için yapılması gerekenlere karar verilip, ilgililere duyurulması çalışmasıdır. İlgili kuruluşun, işyerinde GK oluşturması, zor ve bilgi, çaba isteyen bir çalışmadır. Bunun denetlemesi aynı şekilde güçlüklerle doludur. Devletin bağımsız ve iyi organize edilmiş hukuki alt yapısı oluşturulmuş bir sistemi yürürlüğe koymasını gerektirmektedir.

GK'nün sağlandığı ortamda denetimlerin yetersizliği ve bu konuda ihmal olduğu endişesi ortadan kalkar. Çünkü, denetim tümüyle bu ortamın içersindeki herkesin beklentisi ve gereğinde uyarısıdır. Çalışanlar, kendilerini bekleyen tehlikeyi yeterince biliyor ve çalışma ortamında hep birlikte duyarlı olabiliyor, bir takım olarak güvenliğin gereğini yerine getirme sorumluluğu ve yükümlülüğünü hissediyorlarsa güvendedirler. Bu ortak algılamının sağlanmasına GK'nün oluşması diyoruz. Çalışma ortamında bu önemli dönüşüm sağlanmadan, örneğin, "Proje onaylı, gerekli güvenlik araç

⁸ C.W. Bailey, D. Petersen, "Using perception Survey to Assess Safety system Effectiveness" Professional Safety vol. 34, Feb. 1989.

⁹ G. Verlini, "The Mindset of Nuclear safety" IAEA Bulletin 50-1, Sept. 2008; SCART Guidelines, Service Series No.16, IAEA, July 2008.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ve gereçleri var, çalışanlarımızda dikkatli olsunlar” gibi ifadelerin hiçbir anlamı yoktur. İşyeri güvenliği konusunda çağdaş yaklaşım GK’ü yaklaşımdır. Acılara son vermek için bu doğrultuda zaman kaybetmeden çalışmalara başlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- [1] H. Heinrich, “Industrial Accident Prevention” Mc-Graw-Hill, New York, NY, (1931).
- [2] H. Heinrich, D. Petersen & N. Roos, “Industrial Accident Prevention”. Mc-Graw-Hill, New York, NY, 1980.
- [3] FLIN, R., MEARNNS, K., O’CONNER, P. & BRYDEN, R. “Measuring safety Climate: Identifying the common features” Safety Science 34, 2000.
- [4] International Nuclear Safety Group, “Safety Culture” Safety Series No.75 – INSAG-4 Vienna, 1991.
- [5] C. Stobier, A. Baer, N. Pelzer, W.Tonhauser, “Handbook on Nuclear Law”, IAEA, Vienna, 2003.
- [6] HSC (HEALTH AND SAFETY COMMISSION), 1993. Third report: organizing for safety. ACSNI Study Group on Human Factors. HMSO, London
- [7] C.W. Bailey, D. Petersen, “Using perception Survey to Assess Safety system Effectiveness” Professional Safety vol. 34, Feb. 1989.
- [8] L. Ostrom, C. Wilhelmsen, B. Kaplan, “Assessing Safety Culture” Nuclear Safety, Vol. 34, No.2, April-June 1993.
- [9] G. Verlini, “The Mindset of Nuclear safety” IAEA Bulletin 50-1, Sept. 2008.
- [10] SCART Guidelines, Service Series No.16, IAEA, July 2008.



SAĞLIK HİZMETLERİ VE REKLAM YASAĞI
(HEALTHCARE SERVICES AND ADVERTISEMENT BANS)

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR*
Araş. Gör. / Res. Asst. İpek KOCAGİL**

ÖZET

Sağlık hizmetleri diğer hizmetlere göre farklı ve özellikli bir hizmet grubudur. Sağlık hizmetlerinin özellikleri, bu sektörün tüketicileri olan hastaların, bilgilendirilmesini ve aydınlatılmasını gerektirir. Oysa sağlık mevzuatımızda, yirmiye yakın yasa ve yönetmelik bu alanda tanıtım, bilgilendirme ve aydınlatma araçlarına geniş bir sınır ve yasak getirmiştir. Bu makalede, getirilen yasakların sağlık hizmetlerinin özü ile bağdaşmadığı, tanıtım ve ilan yasaklarının hekim ve sağlık kuruluşu seçme hakkını ortadan kaldırdığı gibi, haksız rekabeti önleme yerine, tam tersi haksız rekabet yol açtığı, hastaların sağlıklarına kavuşmalarını engellediği vurgulanmış; bu yasakların kaldırılıp, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu, Radyo Televizyon Kanunu ve Tüketiciyi Koruma Kanunundaki haksız rekabet ve aldatici reklamlarla ilgili hükümlerin sağlık alanında da uygulanması ile yetinilmesi gerektiği belirtilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hizmetleri, sağlık hizmetlerinin özellikleri, reklam, reklam yasağı.

ABSTRACT

Healthcare services, in contrast to other services, are different and governed by special provisions. The main characteristic of healthcare services requires providers to inform and enlighten consumers, the patients. However, there are more than twenty statutory regulations concerning advertisement bans. The provisions regarding the prohibitions are inconsistent with the principles of healthcare services and violate the right of free choice of medical establishments and doctors. Further, the examined limitations and prohibitions lead to unfair competition. The author argues that the limitations and prohibitions should be abolished, and the provisions concerning unfair competition and deceptive advertising in the Code of Obligations, the Code of Commerce, The Radio and Television Act and The Protection of Consumers Act should be applied.

Keywords: Healthcare services, the principles of healthcare services, advertisement, advertisement ban.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, e-posta: aliriza.okur@yahoo.com

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, e-posta: ipek.kocagil@yeditepe.edu.tr

I. GİRİŞ

Her ülkede uygulanan ekonomik ve ideolojik model ne olursa olsun hedef insandır, insanın mutluluğudur. Ülkeler tüm hizmet ve mal üretimlerini insanı hedefleyerek oluşturmak zorundadır. Amaç insanın maddi ve manevi bir ihtiyacının giderilmesidir.

Her insan çok farklı misyon ve görev için çalışır. Bireysel, ülkesel ve global bir işbölümü içinde herkes farklı bir amacın peşindedir. Herkes çalışmak ve üretmek zorundadır. Bunun için de temel bir ön koşulun kişi bazında gerçekleşmiş olması gerekir: SAĞLIK. Sağlıklı olmayan kişi iş bulsa da çalışamaz, çalışsa da başarılı olamaz. Sağlığın bu önemi her ülkenin, kültürel, sosyolojik, ekonomik ve hukuki yapısına yön vermiştir. Ülkeler geliştikçe sağlığa daha fazla önem vermiş, önem verdikçe de kalkınmışlıklarını sürdürmüşlerdir.¹

Sağlığın önemi değişik özdeyişlere ve mısralara konu olmuştur. Bunlardan biri Kanuni Sultan Süleyman'a aittir ve makro planda sağlığın önemini vurgulamaktadır.²

"Halk içinde muteber bir nesne yok devlet gibi,

Olmaya devlet cihanda bir nefes sıhhat gibi."

Ziya Paşa'nın şu beyti de kişisel planda sağlığın önemini ve etkisini vurgulamaktadır:

"Şeb-i yeldayı müneccimle muvakkit ne bilir,

Müptelayı gama sor geceler kaç saattir?"

En uzun geceyi ne gökbilimci ne de takvim düzenleyenler bilir, onu ancak acı çekenlere sormalıdır, sonu gelmez geceleri.

İşte mikro ve makro plana sıkışmış bu sağlık sorunu insanın en temel sorunudur, her şeyden önce ele alınıp çözülmesi, herkesin sağlık güvencesine kavuşturulması gerekir.

Sağlık hizmetleri, günümüzün ilk plandaki hizmet sektörüdür. Sağlık hizmetleri çok yönlü, çok karmaşık bir hizmet sektörüdür. Bir tarafta biyolojik, psikolojik, sosyal etkiler altındadır. Diğer yandan teknolojik, uzmanlık gerektiren, pahalı bir alandır.³

Sağlık hizmetleri genelde kamu ağırlıklı yürütülse de, özel sektör de bu alanda giderek yaygınlaşan bir etkinliğe sahip olmaya başlamıştır.

Türkiye'de de 1990'lı yıllardan sonra sosyal güvenlik alanında, özellikle de sağlık sisteminde reform çalışmaları başlatılmış, Sağlık Bakanlığınca hazırlanan "Acil Eylem Planı" ve "Sağlıkta Dönüşüm Programı" çerçevesinde⁴, sosyal güvenlik alanında tek çatı, tek yasa ilkesi temel alınarak, 2006 yılında 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu⁵ ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmıştır.^{6,7}

¹ Değişik kalkınmış ülkelerde (ABD, Almanya, Japonya) sağlığa ayrılan pay konusunda bkz. TENGİLİMOĞLU, Dilaver/GÜZEL, Alper, "Sağlık Sistemleri ve Ülke Örnekleri", Sosyal Güvenlik Dünyası, Temmuz-Ağustos, 2011, sy 74, s. 6-20.

² YILMAZ, Coşkun/YILMAZ, Necdet, Osmanlılarda Sağlık, cilt I,II, İstanbul, 2006, s. 7.

³ GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 2010, s. 656; TENGİLİMOĞLU/GÜZEL, II, s. 19.

⁴ TENGİLİMOĞLU/GÜZEL, II, s. 15.

⁵ 16.5.2006 t. 5502 s. Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, RG. 20.5.2006, 26173.

⁶ 31.5.2006 t. 5510 s. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, RG. 16.6.2006, 26200.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Sağlık hizmetlerinin önemi ve diğer hizmetlerden farklılıkları bu alanın ayrıca ele alınıp düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Bu amaçla her ülke sağlık hizmetleri ile özel olarak ilgilenmiş, diğer hizmetlerden farklı olarak, bu alanda değişik sorumluluklar ve sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalardan en yaygın olanı da sağlık hizmetleri açısından öngörülen REKLAM YASAĞI'dır. Bu yasak sağlıkla ilgili her kişi veya kurum açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Sağlık hizmetlerinin özellikleri ve sağlanmasını gördükten sonra, sağlık mevzuatı üzerinde duracak, sağlık hizmeti veren kurum ve kişilerin uyması gereken koşullara değindikten sonra bunlardan REKLAM YASAĞI konusunu ele alacağız. Burada da önce bu yasağın amacını ve ekonomik temelini saptadıktan sonra sağlık mevzuatımızda sağlık kuruluşları, hekimler ve ilaç sektöründeki reklam yasakları üzerinde duracak, daha sonra da bu yasakları ayrı ayrı değerlendirmeye çalışacağız.

II. SAĞLIK HİZMETİNİN ÖZELLİKLERİ VE ÖRGÜTLENMESİ

1. Sağlık Hizmetlerinin Özellikleri

a) Karmaşıklık ve Çok Yönlülük

Sağlık hizmetleri gerek üretim gerek sunum açısından çok karmaşık ve çok yönlüdür. Sağlık olayının iki temel süjesi hasta ve hekimdir. Hasta hizmet talep eden, hekim de hizmet sunan süjedir. Ancak bu ilişkiye durumun önem ve ağırlığına göre diğer sağlık hizmet aktörleri de girer: özel muayenehaneler, klinikler, hastaneler, laboratuvarlar, teşhis ve tedaviye yardımcı olacak diğer üniteler (görüntüleme, em-ar, manyetik rezonans, fizik tedavi...). Sağlık hizmetleri genelde üç aşamada gerçekleştirilir: Önleyici: koruyucu sağlık hizmetleri, tedavi edici sağlık hizmetleri, dinlendirme/uyum amaçlı sağlık hizmetleri (rehabilitasyon).⁸

b) Belirsizlik ve Ertelenemezlik

Sağlık hizmeti ihtiyacı koruyucu sağlık hizmetleri dışında genellikle hastalıkla ortaya çıkar. Ancak insan ne zaman hastalanacağını, hangi hastalıkla karşılaşacağını, hangi koşullarda hastalanacağını, hastalığın ne kadar süreceğini bilemez. Sağlık hizmetleri diğer hizmetlerden farklı olarak bilinmezlerle, belirsizliklerle iç içedir. Bu belirsizlikleri aydınlatmanın yolu, hastayı bir an önce hekimle buluşturmadır. Belirsizlikle birleşen gecikme hastalığı daha da ağırlaştırabilir. Burada karşımıza, sağlık hizmetlerinin bir diğer özelliği çıkmaktadır: Ertelenemezlik.

Sağlık hizmetlerinin en temel özelliği ertelenemezlikte kendini göstermektedir. Diğer hizmetlerin büyük kısmının ertelenmesi, daha uygun bir zamanda alınması mümkündür. Ancak sağlık hizmetlerinin ertelenmesi, durumu daha da ağırlaştıracak geri dönülemez hale getirecektir. Zira hastalığa zamanında müdahale edilmemesi, olayı ölümlü sonuçlandırabileceği gibi, geç müdahalenin bedeli de oldukça ağır olacaktır. Bireysel plandaki bu sonuç yanında, salgın hastalıklara zamanında müdahale

⁷ Reform konusunda ve bu kanunlara ilişkin temel bilgiler için bkz. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU; ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. Bası, İstanbul, 2010; TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul, 2009; UŞAN, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara, 2009.

⁸ Bu konularda ayrıntı için bkz. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 668 vd.

edilmemesi, olayı bireysel düzeyden toplumsal düzeye taşıyacak, kitlesel kayıplara ve olağüstü maliyetlere yol açacaktır.

Ertelemeye yol açan nedenler, bireysel ve toplumsal planda farklılıklar gösterir. Bireysel olarak hastanın mali durumu, ruhsal durumu⁹, sosyal baskı¹⁰, hizmet sunumundaki yetersizlik¹¹ ertelemenin başlıca nedenleri arasında sayılabilir.

c) Değişkenlik

Sağlık hizmetlerinin temel özelliklerinden biri de değişkenliktir. Bu değişkenlik statik ve dinamik alanda kendini hissettirir. Statiklik belli bir zaman diliminde kendini gösterir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin konusu olan insanın fiziki yapısı da, bazı coğrafi ve sosyolojik veriler dışında aynıdır. Dolayısıyla tedavi yöntemleri ve kullanılacak ilaçlar dünya çapında büyük oranda ortak özelliklere sahiptir. Ancak insanlar değişik bölgelerde, değişik iklimlerde, değişik kültürel, ekonomik ve sosyal şartlar altında yaşadıklarından bu farklılıklar belli ölçüde sağlık hizmetlerini de etkileyecektir.¹² Sağlık alanındaki bilimsel çalışmalar her an yeni ilaçların ve tekniklerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Belli bir deneme ve güvenlik aşamasından sonra bu tekniklerin ve ilaçların dünya çapında insanların hizmetine sunulması ve kullanılması gerekmektedir. Bu da sağlık hizmetlerindeki dinamikliği ve değişkenlik özelliğini ortaya koymaktadır. Tıp alanında son zamanlarda alternatif tıp adı altında gündeme getirilen bazı teknikler ve yöntemler, hiçbir zaman tıbbi hizmetlerin alternatifi olamaz. Tıp bilimi bir bütündür. Yeni yöntem, teknik ve ilaçlar güvenlikleri kanıtlandıktan sonra hastalar üzerinde

⁹ Hastayı hekime başvurmadan alıkoyan temel neden onun maddi durumudur. Oldukça pahalı olan sağlık hizmeti aile bütçesini sarsacak düzeylere yükselebilir. Ağır hastalarda, kalabalık ailelerde, maddi imkansızlıkların getirdiği yıkımlarla sıkça karşılaşmaktadır. Bundan kurtulmanın yolu, yaygın, zorunlu, kaliteli bir sağlık hizmet sunumudur. Ülkenin, ekonomik, sosyal ve coğrafi konumuna uygun bir genel sağlık sigortası örgütlenmesi, bu sorunun aşılmasını kolaylaştıracaktır. Hastanın ruhsal durumu da hekime başvuruyu geciktiren etkenler arasında sayılabilir. Ruhsal durumun iki temel açılımı "doktor korkusu" ve "ihmal"dir. Doktor korkusu aslında hastalık korkusuyla iç içedir. Hastalık teşhisi tedavi zorunluluğunu da birlikte getirmektedir. İnsan psikolojisi bilmediğini, yok saymaktadır. Hastalık da bilinmeyince yokmuş gibi gelmektedir. Ancak tam tersine hastalık müdahale edilmeyince ilerlemekte, geri dönülmez bir noktaya gelmektedir. Gecikmenin bir diğer nedeni ihmaldir. İşlerin çokluğu, zaman yokluğu gibi kaçışlar ihmal haklı göstermek için kullanılmaktadır. Oysa ihmal besleyen temel neden hastalık korkusudur.

¹⁰ Ertelemenin, doktordan ve hastalıktan kaçışın bir diğer nedeni çevre baskısıdır. Bu baskı aileden başlayıp dalga dalga yayılır. Okul, iş çevresi, sosyal çevre. Özellikle cinsel, ruhsal, zihinsel hastalıklar konusundaki yaygın sosyal baskı, bu hastalıklardan kaçışı ve gizli tutulma sonucunu doğurmaktadır, bu kaçış da ağır sonuçlara neden olmaktadır. Özellikle ailelerin eğitimi ile bu engellerin aşılması gerekmektedir.

¹¹ Hizmet sunumundaki yetersizlik çok daha karmaşıktır. Maddi nedenlerle (iletişim güclüğü, ulaşım zorluğu, yoksulluk) içinde bulunulan sağlık hizmetine ulaşma zorluğunun aşılabilmesi, her şeyden önce yaygın, kolay ulaşılabilir (hem maddi, hem fiziksel) bir sağlık örgütlenmesine bağlıdır. Hasta çevresinde, düşük bir bedelle ulaşabileceği, kaliteli ve güvenilir bir sağlık örgütlenmesini görürse vakit geçirmeden başvurusunu yapacaktır. Böylece kendisini normal yaşamdan ve üretimden koparan hastalıktan kurtulmak için de ilk ve zorunlu adımı atmış olacaktır. Gerisini iyi örgütlenmiş bir sağlık sistemi kolaylıkla çözecektir.

¹² DEMİRBILEK, Sevda, Türkiye'de Sağlık Hizmetleri, 1999, İzmir s. 22 vd.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

uygulanabilir. Ancak bunun için yetkili makamların (bizde Sağlık Bakanlığı) iznine ihtiyaç vardır.¹³

d) Alternatifsizlik

Sağlık hizmetlerinin önemli özelliklerinden biri de alternatiflerinin olmamasıdır. Bu alternatifsizlik hem hizmet türü olarak, hem de hizmetin sağlanması açısından kendisini gösterir. Hiçbir başka hizmet, sağlık hizmetinin yerini tutamaz. Ayrıca hizmet sağlanırken belli hastalıklara göre, hastalığın gereği neyse o sunularak gerçekleştirilir. İlaç, ameliyatın yerine, ameliyat ilaç yerine kullanılamaz. Yine her hastalığın kabul görmüş denenmiş belli ilaçları vardır. Bunlar da kendi içinde değiştirilemez. Sağlık hizmetlerindeki bu alternatifi olmama özelliğini iki düzeyde ele almak mümkündür. Makro ve mikro düzeyde. Makro düzeyde sağlık hizmetinin yerini alacak başka bir hizmet türü yoktur. Hastalık, ancak gerekli sağlık hizmetlerinin (hekim, kurum, ilaç) zamanında sunumuyla ortadan kaldırılabilir. Mikro düzeyde ise (hasta bazında) hastalık ancak gerekli tıbbi müdahalenin uygulanması ile ortadan kaldırılabilir (ilaç, ameliyat, protez, istirahat v.s). Sağlık hizmetlerinin ikamesi olanaksızdır. Belli hastalıklar, belli ilaç ve araçlarla tedavi edilebilir. Bunlar da kendi içlerinde ikame edilemez. İlaç yerine ameliyat, ameliyat yerine protez kullanılamaz.¹⁴ Alternatifsizlikle bağlantılı bir diğer özellik de sağlık hizmetlerinin vazgeçilmez oluşudur. Ertelenmesi dahi ciddi sorunlar doğuran sağlık hizmetlerinden tümüyle vazgeçilmesi de olası değildir. Hem hasta açısından, hem de devlet açısından bu ihtimal düşünülemez bile.¹⁵

e) Kamusal Özellik ve Öncelik

Başlangıçta bireysel ve özel bir hizmet olarak başlayan sağlık hizmetleri, zamanla kamusal ve kurumsal bir özellik kazanmıştır. Bunda bulaşıcı hastalıklarla savaşım, 1930'lardan sonra yaygınlaşan sosyal devlet anlayışının önemli katkısı olmuştur.¹⁶ 1961'lerden sonra sağlık harcamalarının gıda ve konut yardımları gibi, insani niteliği ağır basan bir yatırım ve hizmet olduğu kabul edilerek, ekonomik açıdan da sağlığa büyük önem verilmeye başlanmıştır.¹⁷ Bireyin sağlıklı olmasının getireceği bireysel ve toplumsal yararlar nedeniyle sağlık hizmetleri yarı kamusal mal olarak da nitelendirilmektedir.¹⁸ Sağlık hizmetlerine ayrılan ekonomik kaynaklar ayrıca ölüm oranlarını azaltarak, çalışma süresi kayıplarını önleyecek, iş gücünün kalitesini artırarak, üretimi ve verimliliğe de destek sağlamaktadır.¹⁹

¹³ Akupunktur, Lazer tedavileri, Laproskopik ameliyatlara yeni teknolojilere örnek gösterilebilir.

¹⁴ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 667 vd.; OKUR, Ali Rıza, "Hekimin Serbest Çalışması", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 302 vd.; ORAL, İlhan, Dünyada ve Türkiye'de Sosyal Sigorta Kapsamında Sağlık Sigortası Uygulamaları, 2002, Eskişehir, s. 44.

¹⁵ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 667.

¹⁶ DEMİRBİLEK, s. 55.

¹⁷ HAYRAN, Osman, "Sağlık Hizmetlerinin Özel ve Kamusal Yönü", Sağlık Hizmetleri, 1998, İstanbul, s. 50.

¹⁸ DEMİRBİLEK, s. 60; YİĞİT, ŞAKAR, Ayşe, Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Sağlık Harcamaları, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayın No: 22, İstanbul 1999, s. 17; ÇELEBİ, Süleyman, Sosyal Güvenlik ve Sağlık Hakkı, Temel Haklar, Mercek, Temmuz 2006, s. 65.

¹⁹ YİĞİT, ŞAKAR, s. 17.

Sağlık hizmetlerinin mali ağırlığı, herkese ulaşması gereken temel bir hak oluşu kamusal özelliğini ve kamunun önceliğini öne çıkarmakta ise de, liberal veya karma ekonominin uygulandığı ülkelerde özel sektöre de belli bir payın ayrılmasını gerekli kılmaktadır. Her ülke kendi ekonomik, sosyal ve kültürel özelliklerine göre, kamu ve özel sektörün, bağımsız veya ortak çalışma koşullarını belirleyecektir. Hangi sistem veya model veya ortak çalışma koşulları belirlenirse belirlensin, katılım oranı ne olursa olsun, sağlık alanında devlet yine düzenleyici, denetleyici, üretici, destekleyici olarak, ağırlığını hissettirecektir.²⁰

Türkiye tarafından 5062 sayılı Yasa ile onanan²¹ “Dünya Sağlık Teşkilatı Anayasasının” giriş bölümünde sağlığın devletin, temel görevlerinden biri olduğu vurgulanmaktadır:

“Sağlık beden, fikri ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olup, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğundan ibaret değildir.

Ulaşılabilmesi mümkün olan en mükemmel bir sağlık haline sahip olmak, irki, dini, siyasi fikirleri, yahut sosyal durumu ne olursa olsun her insanın temel haklarından birini teşkil eder.

Bütün milletlerin sağlığı, dünya barışının ve emniyetinin esas şartıdır; bu sağlık fertlerin ve devletlerin en sıkı bir şekilde işbirliği yapmalarına tabidir.

Her devlet tarafından sağlığın düzeltilmesi ve korunması yolunda ulaşılan sonuçlar herkes için kaymetlidir...

Hükümetler milletlerinin sağlığından mesuldür; bu mesuliyetin gerektirdiği işleri ancak hususi sağlık ve sosyal tedbirler almak yoluyla yapabilirler...”²²

Sağlık hizmetlerinin bu özelliklerinin bir kısmına, Sağlık Bakanlığı'nın 25 Ağustos 2011 tarihli 36255 sayılı genelgesinin birinci paragrafında da yer verilmiştir.²³

“Sağlık hizmetleri, ikamesi olmayan, olmazsa olmaz ve ihtiyaç duyulduğu anda bekletilmeksizin verilmesi gereken özellikli bir hizmettir. Sağlık hizmetlerinin bu özelliği sebebiyle hizmeti sunan hekim ve sağlık personelinin, çoğu zaman mesai kavramı olmaksızın bayram ve tatil günlerinde de fedakarlık ederek çalışması gerekmektedir.”

2. Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesi

Oldukça karmaşık, yaşamsal ve özellikli bir hizmet olan sağlık hizmetlerinin belli bir örgütlenme içinde tüm ilgililere sunumu da, özel bir araştırma ve değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

²⁰ DE FORGES, Jean-Michel, Le droit de la Sante, Paris, 2004, s. 3; Hayran, s. 51; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 667.

²¹ 9.6.1947 t., 5062 s. New-York'ta Toplanan Milletlerarası Sağlık Konferansında Kabul ve İmza Edilen Belgelerin Onanmasına Dair Kanun, RG. 17.6.1947, 6634. Onanan belgelerden biri de Dünya Sağlık Teşkilatı Anayasasıdır.

²² Sağlık Mevzuatı, Lebib Yalkın, c. 2, s. 2618.

²³ 2011 Ramazan Bayramının idari izinlerle 9 güne çıkması karşısında, özellikle acil servislerde alınması gereken önlemlere dikkat çeken bu genelgenin altında Sağlık Bakanlığı Müsteşarı Prof. Dr. Nihat Tosun'un imzası bulunmaktadır. (<http://www.saglik.gov.tr/TR/dosya/1-73149/h/bayramgenelge.pdf>, 26.8.2011).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Sağlık hizmetlerinin karmaşık ve çok yönlülüğü, belirsizlik ve ertelenemezliği, alternatifi olmayışı, kamusal özellik ve önceliği, örgütlenme aşamasında da kendisini göstermektedir.

Özellikle sağlık hizmetinin karmaşıklığı ve çok yönlülüğü, örgütlenme konusunda özel bir hazırlık, çaba, araştırma ve değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Her şeyden önce sağlık hizmetlerinin kamusal ağırlığı ülke çapında kendisini hissettirmektedir. Bu, örgütlenmede Sağlık Bakanlığı'na önemli bir yük ve sorumluluk getirmektedir. Bu alan değişik yasalarla düzenlenmiştir.

Sağlık hizmetlerinin karma ekonomi gereği özel sektöre de açılmış oluşu, özel sağlık kuruluşlarının da ayrıca düzenlenmesini ve denetimini gerekli kılmış, bu amaçla bazı özel düzenlemeler yapılmıştır.

Sağlık hizmetlerindeki çağdaş gelişmeler bu alanda birçok ülkede sağlık hizmetlerinin ulusal düzeyde örgütlenip yaygınlaştırılmasını gerektirmiş, bu zorunluluk bazı ülkelerde ulusal sağlık hizmet örgütlenmesiyle, sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesiyle son olarak da genel sağlık sigortası ile sağlanmak istenmiştir. Nihayet tüm bunların dışında isteyenler için serbest hekimlere başvurma yolu da açık tutulmuş, hekimini serbestçe seçme ilkesinin bir gereği olan serbest hekimlik de ayrıca düzenlenmiştir.

Türkiye'de de sağlık hizmetleri, çok sayıda kamusal, özel kurumlar, genel sağlık sigortası ve serbest hekimler tarafından sunulmaktadır. Ağırlık Sağlık Bakanlığı'nda olmakla birlikte, kamu sağlık kurumları, özel sağlık kurumları ve serbest hekimler sağlık hizmeti sunmaktadır. Sağlık Bakanlığı dışındaki kurumlar son yıllardaki teşviklerle büyük bir ilerleme sağlamışlarsa da toplam kapasiteleri düşüktür. Ancak bir kısmı teknolojik olarak, kamunun ve Üniversitelerin sağlık Kurumlarıyla yarışma halindedir. Sağlık hizmeti sunan birimler birbirinden bağımsız ve koordinasyondan uzaktır. Bu da hizmette verimliliği, maliyeti ve kaliteyi olumsuz etkilemektedir.²⁴

Sağlık hizmetlerinde karar verici, planlayıcı, uygulayıcı ve denetleyici olarak kilit konumda olan Sağlık Bakanlığının sağlık hizmetlerinin örgütlenmesi konusunda çok önemli bir rolü vardır. Adeta tüm sağlık örgütlenmesini yönlendirici, buna ışık tutucu bir konumu vardır.²⁵

a) Genel olarak sağlıkta örgütlenme ilkesi

Sağlık hizmetleri konusunda hangi sistem benimsenirse benimsensin, hizmetin özellikleri aşağıdaki ilkelere uyulmasını zorunlu kılmaktadır.

aa) Sağlık hizmetlerinin örgütlenme ve yönetimi, devletin denetim ve gözetimi altında yürütülmelidir.

bb) Örgütlenmede, ülkenin coğrafi, demokratik, sosyolojik yapısı gözden kaçırılmamalıdır. Hizmet ülke çapında nüfus yoğunluğuna ve ihtiyaca göre dengeli dağıtılmalıdır.

²⁴ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 682 vd.; YİĞİT, ŞAKAR, s. 44; DEMİRBİLEK, s. 95; SUR, Haydar, "Sağlık Hizmetlerinin Geçmişi ve Gelişimi", Sağlık Hizmetleri, 1998, İstanbul, s. 229-230; ÖZÇELİK, Nürşen Adak, Sağlık Sosyolojisi Kadın ve Kentleşme, 2002, İstanbul, s. 131.

²⁵ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 678 vd.; YİĞİT, ŞAKAR, s. 20-21; DEMİRBİLEK, s. 62.

cc) Tüm sağlık kurum, kuruluş ve personeli bir bütün olarak ele alınıp, tek bir örgütün parçaları gibi, birbirleriyle ilişkilendirilerek planlanmalı ve yapılandırılmalıdır. Koruyucu, tedavi ve rehabilite edici aşamalarda da bu özellik korunmalıdır.

dd) Sağlık örgütünün yaygın, kaliteli, bilinçli olmasıyla yetinilmemeli, hastaların da eğitimi ve bilinçlendirilmesi sağlanmalıdır.

ee) Sağlık hizmetlerinde zaman ve maliyet son derece önemlidir. Hizmet en hızlı ve kaliteli biçimde sağlanmalıdır. Bu amaçla hem zaman hem de maliyet açısından gereksiz tetkik ve incelemelerden kaçınılmalıdır. Mevcut bulgu ve bilgiler teşhis için yeterli ise, daha ayrıntılı tetkiklere gidilmemelidir.

ff) Örgütlenmede uzmanlığa bağlı hiyerarşi gözden kaçırılmamalıdır. Uzman hekim, pratisyen hekim, yardımcı sağlık personeli, ebeler arasında uygun bir hiyerarşik yapılanma ve uyum sağlanmalıdır.

gg) Hastane yapılanma ve örgütlenmesinde toplumun ihtiyacı, hasta yoğunluğu yanında, toplumun kültürel ve sosyolojik yapısı da dikkate alınmalıdır. Bir hastane çatısı altında servis olarak çalışması sakıncalı olacak hastalıklar ayrı ihtisas hastaneleri çatısı altında örgütlenmelidir (akıl hastalıkları, ruh hastalıkları, cinsel hastalıklar, kanser hastalıkları gibi).²⁶

hh) Hastaneler koğuş yerine bağımsız odalarda hizmet verecek hale getirilmelidir.²⁷

ı) Sağlık hizmetleri, özellikle genel sağlık sigortasının veya ulusal sağlık hizmetinin uygulandığı ülkelerde belli kademelere bağlanmalıdır. Üç veya dört basamaklı oluşacak bu kademelere uyulmalı, ilk kademelere başvurulmadan sonraki kademelere geçilememelidir. Sağlık ocağı, Aile Hekimi, Dispanser, Hastane, İhtisas Hastaneleri arasındaki sıraya uyulmalıdır. Böylece hem zaman kazanılır, hem de hastanelerdeki gereksiz yığılma ve yoğunlaşmalar önlenmiş olur.

ii) Sürekli eğitim: sağlık hizmetlerinin özellikleri arasında sıraladığımız değişiklik, öncelik, belirsizlik, ertelenemezlik, bu hizmetler açısından tüm ilgili kurum ve personel açısından, uyum, planlama, yönetim ve özellikle de eğitimi zorunlu kılmaktadır. Çığ gibi büyüyen ve gelişen sağlık hizmetleri, her düzeyde eğitimi gerekli kılmaktadır. Başta hekimler olmak üzere sağlık kurumları ve personeli hem kurumlarını hem de personelini her an güncellemek, eğitmek ve bilgilendirmek zorundadır. Sağlık teknolojisi inanılmaz bir hızla değişmekte, yenilenmektedir. Sağlık kuruluşları (kamu veya özel) kendilerini donanım ve bilgi olarak bu teknolojik gelişmeye uydurmak zorundadır.

²⁶ Böyle bir ayırım hastalar ve hasta yakınları için özellikle ruhsal açıdan çok daha uygun olacaktır. Hatta yoğun bakım ünitelerinin dahi, ayrı servis olarak örgütlenmesi ile yetinilmeyip bunların da ayrı hastanelerde, hiç değilse bağımsız ayrı binalarda hizmet vermesi sağlanmalıdır.

²⁷ Sağlık hizmetlerinin özellikle hastane bazında yetersizliği karşısında bu ilke ütöpik kalmakta ise de, özel hastanelerde olmayan bu yatak sisteminin kamu hastanelerinde de terki sağlanmalıdır. Hastaların ve hasta yakınlarının yardımlaşması açısından bazı yararları olsa da, koğuş sisteminden bağımsız oda sistemine geçilmesi, özellikle hastaların morallerine büyük katkı sağlayacaktır. Kimsesiz hastalar açısından sağlık personelinin takviyesi ile bu ihtiyaç giderilebilir.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

b) Çeşitleri açısından sağlık hizmetlerinde örgütlenme ilkesi

Çeşitleri açısından sağlık hizmetleri genel olarak koruyucu sağlık hizmetleri ve tedavi edici sağlık hizmetleri olarak ikiye ayrılmaktadır.²⁸ Buna üçüncü bir grup olarak rehabilitasyon hizmetleri de eklenmelidir.²⁹ Aslında sağlık hizmetleri bir bütündür. İkiye veya üçe ayrılmaları sunidir. Üç aşama da birbirini tamamlayıcı niteliktedir.³⁰ Her şeyden önce koruyucu sağlık hizmetleri yoluyla insanların hastalanması önlenmeye çalışılır, buna rağmen hastalananlar olursa tedavi edici sağlık hizmetleri devreye girer, nihayet tedaviden sonra da nekahat (istirahat döneminde) rehabilitasyon (işe alıştırma) hizmetleri söz konusu olabilir.³¹

aa) Koruyucu sağlık hizmetleri

Koruyucu sağlık hizmetlerinin örgütlenmesinde başlangıçta, tek amaçlı ülke çapında örgütlenmelere gidilmiş, verem, sıtma, trahom, ruh sağlığı, anne ve çocuk sağlığı konularında başarılı sonuçlar alınmış, verem, sıtma gibi salgın hastalıkların adeta kökü kazınmıştır. Ancak bu hastalıkların ortadan kalkmasıyla, tek amaçlı, geniş bölgesi, yüksek maliyetli insan gücü israfına yol açan bu örgütlenmelerin yerini, dar bölgesi, çok yönlü ve amaçlı örgütlenmeler almıştır.³² Hastalıklarla mücadelede, başlangıçta özellikle salgın hastalıklar açısından başarılı olan bu örgütlenme modeli, salgınlar ve hastalıklar ortadan kalktıkça yerini çok amaçlı, dar bölgesi örgütlenmeye bırakmalıdır. Bir ülkede uygulanacak koruyucu sağlık hizmetleri örgütlenmesinde model seçiminde, ülkenin o andaki yapısı, sağlık koşulları, nüfus yapısı, coğrafi koşulları dikkate alınmalıdır.³³

bb) Tedavi edici sağlık hizmetleri

Sağlık hizmetlerinde en önemli aşama tedavi aşamasıdır. Koruyucu sağlık hizmetlerinin yetersiz kaldığı konu ve hastalıklarda, hastalanan kişilere götürülebilecek temel sağlık hizmeti, tedavi edici sağlık hizmetleridir. Tedavi edici sağlık hizmetlerinde temel örgütlenme ilkesi, herkese, en hızlı, en yeterli, en az maddi külfetle tedavi hizmetlerinin sunulması, onu sağlığına kavuşturmak ve normal yaşam veya çalışma koşullarına ulaştırmaktır.^{34 35}

cc) Rehabilitasyon hizmetleri

Tedaviden sonra son nokta rehabilitasyon (işe alıştırma) hizmetleridir. Burada hastanın işe başlatılmadan önce bir süre dinlendirilmesi (istirahat-nekahat) söz konusu olduğu gibi, tedavi sırasında protez-araç-gereç uygulaması gerçekleştirilmiş ise, hastanın

²⁸ SERİN, İlhan, Genel Sağlık Sigortası ve Türkiye'deki Uygulanabilirliği, 2004, İstanbul, s. 10; YİĞİT, ŞAKAR, s. 17; DEMİRBILEK, s. 54.

²⁹ HAYRAN, s. 19; ORAL, s. 42; SERİN, s. 51; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 68 vd.

³⁰ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 667.

³¹ Ayrıntı için bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 668; DEMİRBILEK, s. 54.

³² GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 680; YİĞİT, ŞAKAR, s. 21-22; DEMİRBILEK, s. 85.

³³ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 680; YİĞİT, ŞAKAR, s. 22.

³⁴ BULUTOĞLU, Kenan, Kamu Hizmetlerinin İktisadi Tahlili, 1971, İstanbul, s. 175; YİĞİT, ŞAKAR, s. 23.

³⁵ Ayrıntı için bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 680 vd.

bunlara uyumu ve bu yeni haliyle çalışıp, yaşaması söz konusu olacaktır. Bu ise bir uyum sürecini ve özel bir eğitimi gerektirebilir. Ayrıca hastanın bu yeni fiziki durumu ile eski işine devamı da bazı ağır olaylarda sorun olabilir. Bu durumda ilgilinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun öngördüğü bazı mali ve hukuki yardımlardan yararlanması söz konusu olabileceği gibi, işinin hafifletilmesi, daha kolay bir serviste çalıştırılması da gündeme gelebilir.³⁶

III. SAĞLIK MEVZUATI

Türk sağlık mevzuatı 46 Kanun, 17 Tüzük, 78 Yönetmelik ve 9 Tebliğden oluşmaktadır. Üç ciltte toplanan bu mevzuatın sayfa sayısı 4.500'ü bulmaktadır.³⁷ Ayrıca uluslar arası sözleşme ve bildirgeler de bu alana ışık tutmaktadır.³⁸ Genel olarak sağlık ve sağlık hizmetleri ile ilgili bu mevzuat dışında ayrıca sosyal güvenlik alanındaki sağlık hizmetlerine yönelik mevzuat düzenlemeleri de vardır. Bunlara ayrıca değinmekte yarar görüyoruz.

³⁶ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 670.

³⁷ Bkz. Lebib Yalkan, Sağlık Mevzuatı; HAKERİ, Hakan/ÜNVER, Yener/YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara, 2010. Bu alandaki Kanunlara örnek olarak, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu (RG. 20.4.1982, 17670), 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunu (RG. 24.12.1953, 8591), 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu (RG. 2.3.1954, 8647), 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu (RG. 5.6.1933, 2419), 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununu (RG. 26.5.1928, 898), 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi (RG. 2.11.2011, 28130 M), 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununu (RG. 15.5.1987, 19467), 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunu (RG. 12.1.1961, 10705), 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu (RG. 14.4.1928, 863), 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanununu (RG. 25.6.1985, 18792), 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanununu (RG. 2.2.1956, 9223), 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu (RG. 31.1.1953, 8323), 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununu (RG. 6.5.1930, 1489) sayabiliriz.

Tüzüklere örnek olarak da 2/19331 sayılı Gemilerde Yolcuların Sıhhi Emniyeti Hakkındaki Nizamnamesi, 5/984 sayılı Genel Kadımlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele tüzüğünü, 2/3238 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Nizamnamesini, 8/5747 sayılı Özel Hastaneler Tüzüğünü, 4/12578 sayılı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesini, 6/10314 sayılı Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğünü, 7/5578 sayılı Uluslar arası Sağlık Tüzüğünü sayabiliriz.

Yönetmeliklere örnek olarak da 11.5.2000 tarihli Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, 15.2.2008 tarihli Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği, 13.9.2002 tarihli Çevre Sağlığı Denetimi ve Denetçileri Hakkında Yönetmeliği, 13.10.1992 tarihli Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmeliği, 10.3.2005 tarihli Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmeliği, 1.8.1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğini, 15.3.1989 tarihli Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliğini, 8.3.2010 tarihli Hemşirelik Yönetmeliğini, 16.5.1967 tarihli İçme ve Kullanma Sularının Dezenfeksiyonuna Ait Yönetmeliğini, 22.5.2002 tarihli İlkyardım Yönetmeliğini, 1.6.200 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğini, 23.2.2002 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliğini, 24.3.2000 tarihli Radyasyon Güvenliği Yönetmeliğini, 22.7.2005 tarihli Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğini, 6.3.2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliği, 13.1.1983 tarihli Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğini ve 6.3.2011 tarihli Yüzme Havuzlarının Tabi Olacağı Esasları ve Şartları Hakkında Yönetmeliği gösterebiliriz.

³⁸ Bu alandaki önemli sözleşme ve bildirgeler için bkz. Hakeri/Ünver/Yenerer, s. 15 vd., s. 29 vd.

IV. SOSYAL GÜVENLİK AÇISINDAN SAĞLIK MEVZUATI

2006 yılında gerçekleştirilen sosyal güvenlik reformundan önce, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi üçlü bir yapıya sahipti. İşçiler Sosyal Sigortalar Kurumu³⁹ aracılığı ile Sosyal Sigortalar Kanununda⁴⁰ öngörülen yardımlardan, kamu görevlileri (memurlar), T.C. Emekli Sandığı Kanunu⁴¹ ile kurulan ve bu kanunda ve ayrıca Devlet Memurları Kanununda⁴² öngörülen yardımlardan, bağımsız çalışanlar ise 14.9.1971 tarihli 1479 sayılı Kanunla kurulan ve bu kanunda öngörülen yardımlardan⁴³ yararlanmaktaydı. Ayrıca tarım kesiminde bağımlı⁴⁴ ve bağımsız çalışanlar için⁴⁵, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlar da çıkarılmış idi.⁴⁶

Bu Kanunlar Sosyal Güvenlik Reformuyla tümüyle (2926 sayılı Kanun) veya kısmen (506, 5434, 1479, 2925 sayılı Kanunlar) yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Üç farklı sosyal güvenlik kurumu da (Sosyal Sigortalar Kurumu, T.C. Emekli Sandığı, Bağ-Kur) tümüyle ortadan kaldırılarak, tüm personeli, taşınır ve taşınmaz malları ile birlikte 5502 sayılı Kanunla kurulan Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilmiştir.⁴⁷

³⁹ 9.7.1945 tarihli, 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, RG. 16.7.1945, 6058.

⁴⁰ 17.7.1964 tarihli, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, RG. 29,30,31 Temmuz-1 Ağustos 1964, 11766-11769.

⁴¹ 8.6.1949 tarihli, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, RG. 17.6.1949, 7235.

⁴² 14.7.1965 tarihli, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG. 23.7.1965, 12056.

⁴³ 2.9.1971 tarihli, 1479 sayılı Esnaf ve Sanaatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, RG. 14.9.1971, 13956.

⁴⁴ 17.10.1983 tarihli, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, RG. 20.10.1983, 18197.

⁴⁵ 17.10.1983 tarihli, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, RG. 20.10.1983, 18197.

⁴⁶ Eski Sosyal Güvenlik sistemimizle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.

⁴⁷ 16.5.2006 tarihli, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu. Kanun 2006'dan 6.4.2011 tarihine kadar değişik Kanunlarla bazı değişiklikler geçirmiştir. Toplam 8 değişiklik getiren bu Kanunlar ve yapıları değişiklik sayısını aşağıdaki listede görebiliriz:

- 1.7.2006 tarihli, 5538 sayılı Kanunla, RG. 12.7.2006, 26226, 1 değişiklik.
- 8.3.2007 tarihli, 5597 sayılı Kanunla, RG. 23.3.2007, 26471, 1 değişiklik.
- 17.4.2008 tarihli, 5754 sayılı Kanunla, RG. 8.5.2008, 26870, 1 değişiklik.
- 31.7.2008 tarihli, 5797 sayılı Kanunla, RG. 19.8.2008, 26972, 2 değişiklik.
- 13.2.2011 tarihli, 6111 sayılı Kanunla, RG. 25.2.2011, 27857 M, 2 değişiklik.
- 6.4.2011 tarihli, 6225 sayılı Kanunla, RG. 26.4.2011, 27916, 1 değişiklik.

Bu Kanunun "Devredilen kurumlar ve devre ilişkin hükümler" başlıklı geçici 1. maddesine göre: "4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilâtı Kanunu ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Sosyal Sigortalar Kurumu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile kurulan Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığının; merkez ve taşra teşkilâtlarının kadroları ile kadrolarında görev yapan memur ve işçileri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) bendi gereği çalıştırılan personeli mevcut statüleri ile her türlü taşınır ve taşınmazları, tapuda bu Kurumlar adına kayıtlı olan taşınmazları ve hizmet binaları, araç, gereç, malzeme, demirbaş ve taşıtları, alacakları, hakları, borçları, iştirakleri, dosyaları, yazılı ve elektronik ortamdaki her türlü kayıtları ve

Reformdan önceki Sosyal Güvenlik Sisteminde sağlık yardımları ayrıca düzenlenmiş değildi. Her sigorta dalından⁴⁸ hem para, hem de sağlık yardımı yapılıyor idi. Kendilerine gelir ve aylık bağlanmış olanlara⁴⁹ uzun vadeli para yardımı olarak gelir ve/veya aylık bağlanırken, Hastalık Sigortasından da sağlık yardımı yapılırdı. Reformdan sonra ise hangi sigorta dalı olursa olsun, sağlık yardımları Genel Sağlık Sigortasından yapılmaya başlanmıştır.

Reformdan önce, beş ayrı yasa tarafından düzenlenen Sosyal Güvenlik alanında toplam madde sayısı 1020 idi. Reformdan sonra eski yasalar ve kurumlar ortadan kaldırılıp, sosyal güvenlik alanı iki ayrı yasaya, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu⁵⁰ ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa⁵¹ terk edildi. 5502 sayılı Kanunun toplam 55, 5510 sayılı Kanunun ise toplam 151 maddesi vardır. İkisinin toplamı 206 madde tutmaktadır. Eskiden 1020 maddede düzenlenen bu alanı şimdi 206 madde düzenlemektedir. Bu da zaman zaman bazı aksaklıklara yol açmakta ve yasa sürekli değiştirilmektedir.⁵² Ayrıca yasal düzenlemedeki yetersizlik-

diğer dokümanlar ile birlikte hiçbir işleme gerek kalmaksızın bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla görevleri ile birlikte Kuruma devredilmiştir. Devir işlemleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.

⁴⁸ Bu sigorta dalları bu gün olduğu gibi kısa ve uzun sigorta dalları olarak ayrılıyordu. Kısa dönemli sigorta dalları, İş Kazasıyla Meslek Hastalıkları Sigortası, Hastalık Sigortası ve Anahk Sigortası idi. Uzun dönemli sigorta dalları ise, Malullük Sigortası, Yaşlılık Sigortası ve Ölüm Sigortası idi. Ayrıca daha sonra düzenlenmiş (1999'da) ancak 506 sayılı Kanuna monte edilmiş bir de "İşsizlik Sigortası" vardı. Her sigorta dalı hem para hem de sağlık yardımı yapardı. Reformdan sonra 5510 sayılı Kanun Kısa Vadeli Sigorta Dalları (m. 13-24), Uzun Vadeli Sigorta Dalları (m. 25-42) ayırımıyla korumakla birlikte, ayrıca Genel Sağlık Sigortasına da yer vermiştir (m. 60-78). Bu durumda tüm sağlık yardımları, ister kısa, ister uzun sigorta dallarından hak kazanılmış olsun, Genel Sağlık Sigortasından karşılanmaya başlamıştır.

⁴⁹ Bu yardımlar, İş Kazası Meslek Hastalığı Sigortasından Sürekli İş göremezlik Geliri (tam veya kısmi), Malullük Sigortasından Malullük Aylığı, Yaşlılık Sigortasından Yaşlılık Aylığı ve Ölüm Sigortasından Ölüm Aylığıdır.

⁵⁰ 16.5.2006 tarihli, 5502 sayılı Kanun, 45'i asıl, 10'u da ek ve geçici madde olmak üzere toplam 55 maddeden ibarettir.

⁵¹ 16.6.2006 tarihli, 5510 sayılı Kanun (RG. 16.6.2006, 26200), 109'u asıl, 42 de ek ve geçici madde olmak üzere toplam 151 maddeden ibarettir.

⁵² 2006'dan beri 5510 sayılı Kanunda değişik tarihlerde çeşitli değişiklikler yapılmış, bunların sayısı 376'yı bulmuştur. Bunları aşağıdaki tabloda görebiliriz:

a)9.5.2007 tarihli 5655 s. Kanun, RG. 20.5.2007, 26529, 2 değişiklik

b)17.4.2008 t., 5754 s. Kanun, RG. 8.5.2008, 26870, 262 değişiklik

c)15.5.2008 t., 5763s. Kanun, RG. 26.5.2008, 26887, 4 değişiklik

d)24.6.2008 t., 5774 s. Kanun, RG. 9.7.2008, 26931, 1 değişiklik

e)31.7.2008 t., 5797 s. Kanun, RG. 19.8.2008, 26972, 6 değişiklik

f)18.2.2009 t., 5838 s. Kanun, RG. 28.2.2009, 27155, 9 değişiklik

g)25.6.2009 t., 5917 s. Kanun, RG. 10.7.2009, 27284, 3 değişiklik

h)11.8.2009 t., 5921 s. Kanun, RG. 18.8.2009, 27323, 1 değişiklik.

i)21.1.2010 t., 5947 s. Kanun, RG. 30.1.2010, 27478, 2 değişiklik.

j)28.1.2010 t., 5951 s. Kanun, RG. 5.2.2010, 27484, 1 değişiklik.

k)16.6.2010 t., 5997 s. Kanun, RG. 19.6.2010, 27616, 7 değişiklik.

l)23.7.2010 t., 6009 s. Kanun, RG. 1.8.2010, 27659, 2 değişiklik.

m)13.2.2011 t., 6111 s. Kanun, RG. 25.2.2011, 27857 M., 73 değişiklik.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ler ikincil mevzuatla (tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge) kapatılmak istenmektedir.⁵³ Ancak bu durum da hukukta büyük önem verilen normlar hiyerarşisini alt üst etmektedir. Bilindiği gibi Hukukta “mevzuat” dediğimiz yazılı hukuk kuralları arasında Anayasa, Yasa, Yasa Gücünde Kararname, Tüzük, Yönetmelik, Tebliğ ve Genelge gibi bir sıralama vardır. Alttaki kurallar üstteki kuralları açıklar ve onlara aykırı olmaz. Yasada olmayan bir konu tebliğ veya genelge ile düzenlenemediği gibi, yasada düzenlenmiş bir konuya aykırı tebliğ ve genelge de çıkarılamaz. Ancak Reformla ilgili yasalar hazırlanırken gereken özen gösterilmediğinden sorunların çözümü için Sosyal Güvenlik Kurumu bu yola başvurmak zorunda kalmaktadır.⁵⁴

V. SAĞLIK MEVZUATINDA REKLAM YASAKLARI

1. Yasağın Amacı

Sağlık alanında reklam yasağının amacı, hekimler ve sağlık kuruluşları arasında haksız rekabetin önlenmesinin yanında, hasta olan bireyleri olumsuz etkilerden koruyarak, doğru karar vermelerini sağlamaktır. Hasta olan bireyler sağlıklarına kavuşmak konusunda çok kolay etki altında kalabilirler. Bu nedenle, bireyleri ve toplumu korumak için sağlık alanında reklam yasaklarına yer verilmiştir.⁵⁵

Sağlık alanında reklam yapılması çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bunlar, sağlık hizmetleri alanında reklamın gereksiz olduğu ve sağlık hizmet maliyetlerini yükselteceği, kalitesiz hizmetlerin reklam yoluyla hasta çekerek, o meslek dalında kalitenin düşmesine sebebiyet vereceği, reklamın, insanları sağlık alanında gereksiz bir tüketime sevk edeceği ve bunun ülke ekonomisi açısından zararlı sonuçlar doğurabileceği ve hekimlerin reklam yapmasının mesleğin onuru ile bağdaşmayacağı yönündedir.⁵⁶

2. Ekonomik Model ve Reklam İlişkisi

a) Reklam Kavramı

“Pazarlama, mal ve hizmetlerin, bir takım organizasyonlar aracılığı ile üreticiden tüketicieye aktarıldığı süreçtir. Pazarlama iletişimi, mal ve hizmetlerin tüketiciler tarafından fark edilip satın alınmasına ve satış sonrası tüketici memnuniyetinin sağlanma-

n)10.3.2011 t., 6191 s. Kanun, RG. 22.3.2011, 27882, 3 değişiklik.

⁵³ Sosyal güvenlik alanındaki 20 Kanun, 19 Uluslar arası Sözleşmeye karşılık, 17 Yönetmelik, 25 Tebliğ ve 564 Genelge çıkarılmıştır. Özellikle Genelge sayısında son yıllarda büyük bir yoğunluk yaşanmıştır. 13.7.2010’da toplam 452 olan genelge sayısı, 24.9.2011 itibariyle 564’e çıkmıştır. Bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu İnternet Sitesi “Güncel Mevzuat”.

⁵⁴ Bu konudaki eleştiriler için bkz. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 13. Bası, s. 780 vd.; OKUR, Ali Rıza, “Sorunları ile Gelen Reform”, Mercek, Temmuz, 2006, s. 17-30; OKUR, Ali Rıza, “Genel Sağlık Sigortası”, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeleri, İstanbul Barosu/Kadir Has Üniversitesi, 21.2.2009, İstanbul, 2010, s. 111-125; OKUR, Ali Rıza, “Eski Yasada Olmayıp Yeni Yasada Olan Hükümler ve Yeni Tanımlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 14. Yıl Toplantısı, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi, 19.6.2010, İstanbul.

⁵⁵ BÜYÜKAY, Yusuf, “Hekimin Reklam Yasağı”, e-akademik, Kasım 2003, Sayı 21, parag. 9.

⁵⁶ BÜYÜKAY, parag. 7; Reklam aleyhinde ve lehinde görüşler konusunda ayrıntı için bkz. MUCUK, İsmet, Pazarlama İlkeleri, 5. Bası, 1990, İstanbul, s. 236 vd.

sına kadar olan süreçtir.”⁵⁷ Reklam en çok kullanılan pazarlama iletişim araçlarından biridir.⁵⁸ Sunulan mal ve hizmetlerin her geçen gün çeşitliliğinin artması, alıcılara bu mal ve hizmetlerin tanıtılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Piyasaya sunulan ürünlerin tüketici tarafından tanınması ve tercih edilmesi, üretici ve satıcılar için önem taşımaktadır. Reklam, tüketicileri üretilen malları almaya ikna etme ve satışı artırma yollarından en etkili olanıdır.⁵⁹

Reklam Türk Hukukunda farklı hukuki metinlerde tanımlanmıştır. Örneğin, 195 sayılı Basın-İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun’un 40. maddesinin 2. fıkrasında reklam, “satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar, reklam sayılır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Reklam kavramı 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 3. maddesinin u bendinde de, “bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşüncüyü yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyurular” olarak tanımlanmıştır. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un⁶⁰ 48. maddesi bu Kanunu yürürlükten kaldırmış ve reklam tanımını genişletmiştir. Bu son Kanunun tanımına göre reklam: “Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşüncüyü yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını”dır. Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’da düzenlenen aynı reklam tanımına yer verilmiştir.

Reklam kavramına ilişkin bir başka düzenleme, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinin (h) bendidir. Buna göre, ticari reklam: “Mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklamveren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu ifade eder.”

Türkiye Radyo- Televizyon Kurumu Reklam Yönetmeliğinin 4. maddesinin (c) bendinde ise, reklam: “Bir ürün veya hizmetin sesli, görüntülü, sesli ve/veya görüntülü olarak ticari yönden tanıtımı” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁷ BOZKURT, s. 15-16.

⁵⁸ BOZKURT, İzzet, İletişim Odaklı Pazarlama, 2004, İstanbul, s. 214.

⁵⁹ GÖLE, Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara, 1983, s. 33; ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 3. Bası, 2006, Ankara, s. 253; GÜLER, Emel, Sağlık Sektöründeki Mal ve Hizmetler İçin Yapılan Reklamların Hukuksal Boyutunun ve Türkiye’deki Durumu, Tez, İstanbul, 2006, s. 38 (<http://www.belgeler.com/blg/utb/saglik-sektorundeki-mal-ve-hizmetler-icin-yapilan-reklamlarin-hukuksal-boyutunun-turkiye-deki-durumu-the-position-of-legal-dimension-of-advertisements-made-for-goods-and-services-in-health-services-in-turkey>, 11.9.2011).

⁶⁰ RG. 3.3.2011, 27863.

Bu konuda 84/450 sayılı AT Direktifinde yapılan reklam tanımına da değinmek gerekmektedir. Bu direktifte reklam, “bir ticaret, iş, zanaat veya serbest mesleğin icrasında gayrimenkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların satışı veya hizmetlerin ifasını artırmak amacıyla yapılan her türlü beyan” olarak tanımlanmıştır.⁶¹

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşıldığı üzere, reklam, öncelikle bir mal veya hizmete ilişkin hedef kitlelere bilgi vermeyi, daha sonra, hedef kitle üzerinde bu mal veya hizmete ilişkin olumlu bir tutum yaratmayı ve tüketiciyi bu mal veya hizmetleri satın almaya ikna etmeyi amaçlamaktadır.⁶²

Reklam kavramına ilişkin yapılan tanımlara baktığımızda, reklam kavramının üç ana unsuru dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi, hedef kitleye ilgili ürünü tanıtarak, bu ürünün satışını arttırmaktır. Diğer unsur, bunun belli vasıtalar kullanılarak yapılmasıdır. Üçüncü unsur ise, reklam birden fazla kişiye yapılmalıdır.⁶³ Reklamın yapılmasında vasıta olarak, dergi, gazete sayfası, radyo, televizyon, afişler, takvimler, otobüs veya araba üzerine yazılar, kataloglar, internet, billboardlar, el ilanları kullanılabilir.⁶⁴

Reklamın önemli unsurlarından biri de, reklamda, reklam veren kişinin kim olduğunun belli olmasıdır. Doğal olarak, reklam veren kimse, ilgili ürünün satışını arttırmayı amaçlayan kimsedir ve bu kimsenin kim olduğu reklamdan anlaşılmalıdır, aksi halde reklam amacına ulaşmaz.⁶⁵

Reklamın sosyal rolüne baktığımızda, reklam yeni ve gelişmiş ürün ve hizmetlerden haberdar olmamızı ve bu ürün ve hizmetleri piyasadaki diğerleriyle karşılaştırmamızı sağlayarak, karar verme konusunda etkili rol oynamaktadır.⁶⁶

Sağlık sektörüne baktığımızda, bu hizmetlerin aynı zamanda sosyal bir kamu hizmeti olması nedeniyle, bu alanda devletin müdahalesi ve kontrolü kaçınılmazdır. Ancak, ekonominin liberalleşmesi ile birlikte, devlet hastanelerinin yanında sayısı hızla artan özel hastanelerin yer alması, sağlık hizmetlerinde bilim ve teknolojinin gelişmesi, kullanılan cihazların sayısının artması ve devlet üniversiteleri yanında vakıf üniversitelerinin de bu alanda yatırım yapmaya başlaması ile sağlık sektörü Türkiye’de her geçen gün biraz daha büyümektedir.⁶⁷ 1980 ve 90’lı yıllarda başlayan özelleştirme ve piyasalaştırma politikaları uyarınca, sağlık hizmetlerinde de özel sektör işletmelerinin rekabetçi koşullarda faaliyet göstermelerine imkan tanınmıştır.⁶⁸ Devlet

⁶¹ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Yanılıcı İlaç Reklamlarının Etik ve Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 501

⁶² AVŞAR, B. Zakir-ELDEN, Müge, Reklam ve Reklam Mevzuatı, Ankara, 2004, s. 8; ÖZEL, Salih, “Reklam ve Sponsorluk Kavramları ve Vergi İlişkisi”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, sy. 85, Ocak 2011, İstanbul, s. 17.

⁶³ BOZBEL, Savaş, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam, Ankara, 2006, s. 29; YENERER ÇAKMUT, s. 501.

⁶⁴ GÖLE, s. 35-36; BOZBEL, s. 29-30.

⁶⁵ GÖLE, s. 36; ASLAN, s. 255.

⁶⁶ BOZKURT, s. 216.

⁶⁷ EROL, Kemal, “Türk Rekabet Kurulunun Kararları Işığında Sağlık Sektörünün Güncel Rekabet Sorunları”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 2008, İstanbul, s. 207.

⁶⁸ EMEK, Uğur, Rekabetçi Piyasa Ekonomisi, 2009, Ankara, s. 59-60.

kaynaklarını zorlayarak sağlık sektörüne aktarırken, özel sağlık kuruluşlarının etkin faaliyet gösterebilmeleri için olanak sağlanmalı ve rekabetin nimetlerinden sağlık sektöründe de yararlanılmalıdır. Bu nedenle, devlet yaptığı düzenlemeler ile, sağlık sektöründe hizmet veren özel sağlık kuruluşlarının faaliyetlerine engel olacak, rekabete aykırı tüm hükümleri yeniden değerlendirmelidir.⁶⁹ Reklam da, sağlık hizmetlerinde özel sektörün devletle ve birbiriyle olan rekabetinde önemli bir araç olarak yer almaktadır. Özel hastaneler, yüksel ücret karşılığı, kaliteli ve hızlı hizmet almak isteyen hastaların, kendi sundukları sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak amacıyla pazarlama stratejilerini kullanmak zorundadır.⁷⁰ İlaç sektörü bakımından da, gelişen ekonomi içerisinde ilaç araştırmaları da yerini almış ve ilaç sektöründeki gelişme sonucu, daha fazla firma ilaç sektöründe yer almıştır. Bu durum, ilaç firmaları arasında rekabeti de arttırmıştır. Rekabetin artması sonucu, ilaç firmaları pazarlama stratejileri geliştirerek, pazarlamaya önemli yatırımlar yapmıştır.⁷¹

b) Reklamlarda Uyulması Gereken Kurallar

İşletmelerin satışlarını arttırmada kullandıkları en etkili yöntem olan reklamlara karşı zamanla, tüketicilerin korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. 82 Anayasası 172. maddesinde devlete tüketiciyi koruyucu önlemler almak konusunda bir görev de yüklemiştir.⁷² Günümüzde, tüketicilerin korunması gereken beş temel hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bunlar;

- Tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunması hakkı,
- Aydınlatılma hakkı,
- Ekonomik çıkarlarının korunması hakkı,
- Zararlarının süratle tazmin edilmesi hakkı ve
- Örgütlenme ve temsil edilme hakkıdır.⁷³

Bu haklardan aydınlanma hakkı, tüketicinin satın alacağı mal veya hizmet konusunda doğru bir tercih yapabilmesini sağlayacak derecede bilgi sahibi olması için aydınlatılmasını ifade etmektedir.⁷⁴

Reklamlar, tüketicinin aydınlanma hakkı çerçevesinde, satın alacağı mal veya hizmete ilişkin bilgilendirilmesini sağlamaktadır. Ancak aydınlanma hakkının gerçekleştirilmesi için, bu bilgilendirmenin doğru ve dürüst olarak yapılması gerekir.⁷⁵ Bu nedenle, reklamların tabi olacağı esaslar bakımından Kanun ve Yönetmeliklerle belli sınırlar, kurallar getirilmiştir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ticari reklamlar başlıklı 16. maddesinde, "*Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır. Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını*

⁶⁹ EROL, s. 208.

⁷⁰ GÜREL, s. 26.

⁷¹ AYGÜN, s. 75.

⁷² MUCUK, s. 240.

⁷³ YENERER ÇAKMUT, s. 502; AVŞAR-ELDEN, s. 81.

⁷⁴ YENERER ÇAKMUT, s. 502.

⁷⁵ AVŞAR-ELDEN, s. 82.

istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz. Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir. Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür. Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu madde ile reklamların, Rekabet Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun olması, doğru ve dürüst olması aranmıştır. Tüketiciyi yanıltıcı, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar edici, kamu sağlığına aykırı ve örtülü reklam yapılması yasaklanmıştır.⁷⁶

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşları ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanununun 8. ve 9. maddelerinde yayın ilkeleri düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemelerle reklamların haksız rekabet yaratmaması, adil ve dürüst olmasına yönelik ve özellikle çocuklara yönelik reklamlar bakımından onları koruyucu sınırlamalara yer verilmiştir.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde, tüm reklamlarda uyulması gereken ilkeler daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

Yukarıdaki düzenlemelerde görüldüğü gibi, tüketiciyi yanıltıcı reklamlar, yapılan tüm düzenlemelerde yasaklanmıştır. Reklamın yanıltıcı olup olmadığının tespiti bakımından, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5. maddesinin (e) bendinde belirtilen, “*Reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır.*” ilkesine uygun olarak, “*ortalama bilgili ve akla uygun dikkatli tüketici*” kriteri esas alınacaktır.⁷⁷

c) Reklamın Hukuki Niteliği

Reklamın tanımında belirtildiği üzere, reklam bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtılarak, satışının artırılmasını amaçlayan yöntemlerden birisidir. Reklam, ürünlerin tüketici tarafından tanınmasını ve satın alınmasını sağlamaktadır. Reklamın bu özelliği dikkate alınarak, hukuki niteliğinin icap veya icaba davet olduğu düşünülebilir.⁷⁸

İcap, bir sözleşmenin kurulması amacıyla, zaman itibarıyla önce yapılan, bir şahsın teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen bir irade beyanıdır.⁷⁹ Bir irade beyanının icap kabul edilebilmesi için, yapılmak istenen sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi ve icapta bulunan kişinin, karşı tarafın kabulü ile aralarında bir sözleşme kurul-

⁷⁶ Damıstay 10. Daire, 21.3.2005, E: 2004/11660, K: 2005/1181 (ww.kazancı.com).

⁷⁷ YENERER ÇAKMUT, s. 504-505.

⁷⁸ GÖLE, s. 43; BOZBEL, s. 32-33; BÜYÜKAY, parag. 10; ÖZDEMİR, ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “*Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması*”, AÜHFD, 2004, Sayı 4, Cilt 53, s. 68 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/277/2503.pdf>, 15.9.2011).

⁷⁹ OĞUZMAN, M. Kemal-ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 45; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul, 2010, s. 219.

masını istediğini açıklaması gerekmektedir (BK. m. 7⁸⁰). İcap kural olarak belirli bir kimseye yöneltilir ancak, bu zorunlu değildir. BK. m. 7/III uyarınca icabın umuma yöneltilmesi de mümkündür.⁸¹ Yapılan irade beyanının icap olarak kabul edilmesinin en önemli sonucu, icapta bulunan kimsenin, karşı tarafa sözleşmenin kurulmasını sağlama imkanı vermesi ve icapta bulunanın buna engel olamamasıdır. Buna, icabın icapta bulunamı bağlaması denilmektedir.⁸²

Buna karşılık, yöneltilen irade beyanı, yapılmak istenen sözleşmenin esaslı unsurlarını içermiyorsa, yöneltilen beyan icaba davettir. İcaba davetin, bunu yapan kimseyi bağlayıcı bir hükmü yoktur (icaba davette bulunan kimsenin sözleşme yapma zorunluluğu yoktur.). İcaba davetle, karşı taraf bir icapta bulunmaya çağrılmaktadır.⁸³ Ayrıca, beyanda bulunan kimsenin beyanı ile bağlı olmak istemediği kendi ifadesinden veya halin gereğinden veya işin özel koşullarından anlaşılıyorsa, icap değil, icaba davet söz konusu olur.⁸⁴

İcap ve icaba davet ile ilgili yapılan açıklamalar sonucu, reklamın hukuki niteliğinin icaba davet olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Reklamın, sözleşmenin esaslı unsurlarını taşıdığını söylemek zordur. Ayrıca, reklam yapan üreticinin veya satıcının, bu beyanlarıyla bağlı olmak istemeyeceği, reklamın mahiyetinden anlaşılmaktadır. Reklam verenin genellikle satıcı değil üretici veya dağıtıcı olduğu göz önüne alındığında sözleşmenin doğrudan tarafı da değildir. Reklam yapan üretici veya satıcı, tüketicilere mal veya hizmeti tanıtarak, onlarla sözleşme yapma çağrısında bulunmaktadır.⁸⁵ BK. m. 7. maddesinin 2. fıkrasında da tarife ve cari fiyat gönderilmesi icap değil icaba davet olarak kabul edilmiştir. Reklam broşürü gönderilmesi de böyledir.⁸⁶ Ayrıca, BK. m. 7/III'de eşyanın bedeli gösterilerek sergilenmesi icap kabul edilmiştir. Eşyanın kendisinin değil de, resminin, filminin veya modelinin fiyatı belirtilerek gösterilmesi icap sayılmaz.⁸⁷ Bu bakımdan da, reklamın hukuki niteliği icaba davet kabul edilmelidir.

Bununla beraber, icap niteliğinde reklam yapmak da mümkündür. Yapılan reklamda, kurulmak istenen sözleşmenin esaslı unsurları yer alıyorsa ve sözleşme yapma niyeti ortaya koyuluyorsa, yöneltilen beyan icap niteliği taşır.⁸⁸

Reklam icap ya da icaba davet niteliği taşımadan, ilan suretiyle vaat şeklinde de olabilir (BK. m. 8⁸⁹). BK. m. 8 uyarınca, bir ilan yapılarak, bir ödül vadeden kimse tek

⁸⁰ BK madde 7 – “İcabi dermeyan eden kimse bu bapta hakları mahfuz olduğunu sarahaten beyan eder yahut akdi iltizam etmemek niyetinde olduğu gerek halin muktezasından gerek işin hususi mahiyetinden istidlal olunursa, icap lüzum ifade etmez.

Tarife ve cari fiyat irsalı icap teşkil etmez.

Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur.”

⁸¹ OĞUZMAN-ÖZ, s. 46; GÖLE, s. 44.

⁸² OĞUZMAN-ÖZ, s. 51.

⁸³ GÖLE, s. 44; OĞUZMAN-ÖZ, s. 46; EREN, s. 222.

⁸⁴ BOZBEL, s. 33; OĞUZMAN-ÖZ, s. 47; GÖLE, s. 44.

⁸⁵ GÖLE, s. 45; BÜYÜKAY, parag. 12; BOZBEL, s. 33; ASLAN, s. 256.

⁸⁶ OĞUZMAN-ÖZ, s. 47.

⁸⁷ OĞUZMAN-ÖZ, s. 47-48.

⁸⁸ BÜYÜKAY, parag. 13; GÖLE, s. 45.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

tarafı bir irade beyanıyla borç altına girmektedir. Buna örnek olarak, gazetelerin belli sayıda kupon getiren herkese bir ödül vereceğini duyurması gösterilebilir.⁹⁰ Görüldüğü üzere, reklamın hukuki niteliği belirlenirken, halin özellikleri dikkate alınmalıdır.

Culpa in Contrahendo'nun reklamlar bakımından uygulanması da mümkündür. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte, taraflardan birinin veya yardımcılarının diğer tarafa veya onun koruması altında bulunan kişilere karşı dürüstlük kuralına aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan doğan sorumluluktur.⁹¹ Sözleşme bir süreci kapsadığından, bu süreç içerisinde taraflar arasında hukuki ilişki başlamıştır. Görüşmeler sırasında taraflar sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması ve dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermeleri gerekir. Görüşmeciler, bu yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp, diğer tarafın zarar görmesine sebep olurlarsa bu zararlardan sorumlu olurlar.⁹² Reklam verilmesi ile birlikte, akdin müzakeresi taraflar arasında başlamaktadır. Reklamın verilmesi ile birlikte taraflar arasında bir hukuki ilişki kurulur ve reklam veren tarafın bu ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü doğar. Aldatıcı ya da yanlış bilgiler içeren reklam yapılması, sözleşme görüşmelerinde MK. m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve bu reklamlardan zarar görülmesi halinde reklam verenin sorumluluğu doğar.⁹³

d) Aldatıcı Reklamlar

Hangi reklamların aldatıcı reklam sayılacağı hususunda kanuni bir düzenleme mevcut değildir. BK. m. 48 ve TTK. m. 56 ve 57'de aldatıcı reklamların haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiş ve ayrıca bazı kanunlarda aldatıcı reklam yapılması yasaklanmıştır.⁹⁴

Hangi reklamların aldatıcı sayılacağı konusunda BK. m. 48 reklamın yanlış olmasını esas alınırken, TTK. m. 57'de sayılan örneklerde verilen bilginin yanlış olması esas kabul edilmiştir.⁹⁵ Bunun dışında, özel düzenlemeler ile de aldatıcı reklam yasaklanmıştır. Sağlık mevzuatındaki reklam yasakları incelendiğinde bir reklamın aldatıcı olup olmadığının tespitinde kullanılacak kriterler belirlenebilir. Bunlar, reklamda yer alan bilginin yanlış olması, bu bilginin aldatıcı nitelik taşıması, reklamın hitap ettiği kitleyi aldatması ya da aldatma ihtimalinin bulunması ve son olarak reklamda yer alan aldatıcı ifadenin tüketicinin satın alma kararını etkilemesi olarak gösterilebilir.⁹⁶

⁸⁹ BK. madde 8 – “ Bir iş veya bir şey mukabilinde ilan suretiyle bir bedel vadeden kimse, vadine tevfiKAN o bedeli vermeğe mecburdur. ”

⁹⁰ BOZBEL, s. 34; ÖZDEMİR, s. 69.

⁹¹ EREN, s. 1083.

⁹² EREN, s. 1084.

⁹³ ÖZDEMİR, s. 69.

⁹⁴ GÖLE, s. 51.

⁹⁵ GÖLE, s. 52.

⁹⁶ AYGÜL, s. 124.

aa) Reklamın Yanlış Olması

Reklamda yer alan bilginin veya görüntünün objektif esaslar uyarınca gerçek olmadığı kanıtlandığında, o reklam aldatıcı reklam kabul edilecektir. Ancak, bazı hallerde, reklamda yer alan bilgiler gerçek olmadığı halde reklam aldatıcı olmayabilir. Bu hallerde, reklamda yer alan bilgilerin gerçek olmadığı herkesçe bilinebilecek şekilde abartıcı ifadelerle yer verilebilir. Abartma sınırı içinde kalan yanlış bilgi aldatıcı reklam teşkil etmez. Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının tespitinde reklamın bütün olarak tüketici tarafından her somut olayda nasıl algılandığı belirlenmelidir.⁹⁷

Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde⁹⁸, tıbbi ürünün tanıtımında gereksiz kullanıma ve beklenmeyen riskli durumlara neden olabilecek abartılmış bilgilerin kullanılması yasaklanmıştır. Burada, gereksiz kullanıma ve beklenmeyen riskli durumlara neden olabilecek bilginin abartılı değil aldatıcı kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Aldatıcı bilgi içeren reklamlar zaten aldatıcı reklam teşkil etmektedir.⁹⁹

bb) Reklamın Yanıltıcı Olması

aaa) Reklamın Lafzi Anlamının Yanıltıcı Olması

Bir reklamda yer alan beyanın doğru olması o reklamın aldatıcı olmasına engel olmaz. Reklamın aldatıcı olup olmadığı belirlenirken, reklamda yer alan ifadenin sadece lafzi açıdan değerlendirilmemesi gerekir. Reklamın aldatıcı olup olmadığının belirlenmesinde reklamda yer alan ifadelerin veya görüntülerin doğruluğu kadar, reklamı yapılan mal veya hizmet ile ilişkisi ve hedef tüketicilerin de göz önüne alınması gerekir.¹⁰⁰ Bir üründe veya hizmette zaten var olması gereken bir özelliğin vurgulanması o reklamı yanıltıcı reklam yapabilir.¹⁰¹ Aynı şekilde, reklamda yer alan bilgilerle reklamı yapılan ürün veya hizmetin yakın ilişki içerisinde bulunması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, reklamda yer alan vaad ile, reklamdaki ifadenin birbirini doğrulaması gerekmektedir. Reklamda bir gösteri de yer alıyorsa, ifade ve gösterinin de birbirini desteklemesi gerekir. Aksi takdirde yapılan reklam aldatıcı reklam niteliği taşıyacaktır.¹⁰²

bbb) Reklamda Kullanılan İfadenin Birden Fazla Anlam Taşımaması

Reklamda kullanılan ifadelerin birden fazla anlam taşımaması durumunda da reklam aldatıcı nitelik taşıyabilir. Ancak bir kelimenin farklı anlamlarından sadece birisi yanıltıcı nitelikte ise, bütün reklamı yanıltıcı kabul etmek doğru olmaz. Reklamda kullanılan bir ifadenin, esas anlamı yerine tüketicileri aldatıcı nitelikteki anlamının kullanılması halinde reklamın aldatıcı nitelik taşıdığı kabul edilebilir.¹⁰³

⁹⁷ GÖLE, s. 63-66; BOZBEL, s. 116; AYGÜL, s. 126; BÜYÜKAY, parag. 20; ÖZDEMİR, s. 72-73; Yarg. 11. HD, 6.10.2005, E: 2004/11313, K: 2005/9341 (www.kazancı.com).

⁹⁸ "Tıbbi ürünün tanıtımında, gereksiz kullanıma ve beklenmeyen riskli durumlara neden olabilecek yanıltıcı, abartılmış, ya da doğruluğu kanıtlanmayan bilgiler kullanılamaz."

⁹⁹ AYGÜL, s. 126.

¹⁰⁰ GÖLE, s. 67-68; ÖZDEMİR, s. 73.

¹⁰¹ BOZBEL, s. 119; AYGÜL, s. 126.

¹⁰² GÖLE, s. 68; AYGÜL, s. 127.

¹⁰³ GÖLE, s. 71.

ccc) Belirsiz İfadeler Kullanılması

Reklamda kullanılan ifadelerin belirsiz olması veya tüketici açısından önem taşıyan bilgileri kapsamaması durumunda da aldatıcı nitelikte reklam söz konusu olabilir. Reklamda yer alan ifadelerin anlamının tüketiciler tarafından net olarak anlaşılabilmesi ve bu belirsizliğin tüketicileri yanlış algılamalara yönelttiği durumlarda reklamın aldatıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴

cc) Tüketicilerin Aldanması veya Aldanma İhtimalinin Bulunması

Bir reklamın yanlış olması durumunda yanıltıcı reklam niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Ancak, reklamın yanıltıcı nitelikte olduğunun tespitinde, o reklamın tüketiciler açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüketicileri aldatma ihtimali olan yanlış ya da yalan reklamlar aldatıcı reklam sayılmakla birlikte, hiçbir tüketiciyi aldatmayan ya da aldatma ihtimali bulunmayan bir reklam abartma sınırlarında kaldığı kabul edilerek aldatıcı nitelikte kabul edilmemektedir. Bu nedenle, aldatıcı reklamın tespitinde kullanılan bir başka kriter tüketicileri aldatması ya da aldatma ihtimalinin bulunmasıdır.¹⁰⁵

Burada önem taşıyan bir başka konu, bu değerlendirmenin yapılmasında hangi tüketicilerin esas alınacağıdır. Bu konuda Türk Hukukunda bir düzenleme mevcut değildir. Sadece Reklam Yönetmeliğinin 5. maddesinde bu konuda reklamların “ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi” ne göre hazırlanacağı belirtilmektedir. Buna göre, bir reklamın aldatıcı nitelikte olup olmadığına tespitinde, ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketiciler esas alınmalıdır.¹⁰⁶ TKHK. m. 16/2’de tüketicinin bilgi ve tecrübe bakımından eksik olabileceği göz önünde bulundurularak ortalama tüketici kistası azaltılmak istenmiştir.¹⁰⁷ Göle, reklamın doğruluk derecesinin değerlendirilmesinde ölçünün titizlikle belirlenmesi gerektiğini, aksi takdirde tüm reklamların yasaklanması ihtimalinin doğacağını ve bunun reklamcılığın gelişimi ve varoluş nedenleri bakımından istenen bir sonuç olmadığını belirtmektedir.¹⁰⁸

Reklamın yanıltıcı olup olmadığına tespitinde “ortalama dikkat ve bilgi seviyesindeki tüketici” ölçütü yanında, reklamın kime ya da kimlere yöneltildiği de göz önüne alınmalıdır. Bazı durumlarda, ortalama tüketici ölçütünün uygulanması mümkün değildir. Reklamda hedef alınan grubun özel korumaya muhtaç olması durumunda (çocuklar, hastalar, yaşlılar, özürlüler) ölçünün daha katı uygulanması gerekmektedir.¹⁰⁹

Reklam Kurulu vermiş olduğu bir kararında, “Kitymilk” isimli ürüne ilişkin yapılan reklamların, ürünü yedikten sonra çocukların reklamda gösterilen tehlikeli davranışları kolayca yapabilecekleri sanısını uyandırarak yetişme çağındaki çocukları olumsuz etkilediği gerekçesiyle TKHK. m. 16’ya aykırı olduğuna karar vermiştir.¹¹⁰

¹⁰⁴ GÖLE, s. 72; AYGÜL, s. 127.

¹⁰⁵ GÖLE, s. 73-74.

¹⁰⁶ BOZBEL, s. 121; AYGÜL, s. 130; ÖZDEMİR, s. 75.

¹⁰⁷ AYGÜL, s. 131.

¹⁰⁸ GÖLE, s. 75.

¹⁰⁹ BOZBEL, s. 123; GÖLE, s. 75; AYGÜL, s. 129.

¹¹⁰ BOZBEL, s. 123’den naklen.

dd) Reklamın Tüketicinin Satın Alma Kararını Etkilemesi

Bir reklamın aldatici olarak kabul edilmesi için aranan bir diğer unsur, reklamın tüketicilerin satın alma kararını etkilemesidir. Reklamla amaçlanan, o malın ya da hizmetin satışını arttırmaktır. Aldatici reklamlar da, tüketicinin o mal ya da hizmeti satın alması için başvuru bir yoldur. Eğer aldatici reklam ile, tüketicilerin o mal veya hizmete ilgi duyması sağlanmışsa, bu yeterli sayılacak ayrıca o mal veya hizmetin satılmış olması aranmayacaktır.¹¹¹

ee) Karşılaştırmalı Reklam Yoluyla Aldatici Reklam Yapılması

Reklam veren kimse, tanıtmak istediği mal veya hizmetleri, rakip şahsın ya da ürettiği mal veya hizmetlerin açık ya da örtülü olarak ilişkilendirilmesi suretiyle tanıtması veya kendi ürettiği mal veya hizmetlerin rakiplerinden daha üstün nitelikte veya onun ayarında olduğunu belirtmesi suretiyle reklam yapılması durumunda karşılaştırmalı reklam söz konusu olur.¹¹²

Ticaret Kanununun 56. maddesinde haksız rekabet hükümleri içinde karşılaştırmalı reklama ilişkin doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda karşılaştırmalı reklamın yasaklandığı sonucu çıkarılmamalıdır.¹¹³ TKHK m. 16¹¹⁴ ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 11'de¹¹⁵ karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Karşılaştırmalı reklamlar doktrinde çoğunlukla aldatici reklamın bir türü olarak kabul edilmektedir. Ancak, bunun kabulü halinde aldatici reklamların yasak olması nedeniyle, karşılaştırmalı reklamın da yasak olduğu sonucuna varılabilir. TKHK ve Reklam Yönetmeliği ile belirlenen ilkelere uygun olarak yapılan karşılaştırmalı reklamlar aldatici reklam niteliğinde değildir.¹¹⁶ Karşılaştırmalı reklamlar yanlış veya yanıltıcı olmaları durumunda aldatici reklam niteliğinde sayılabilecektir.

3. Reklamların Denetimi

a) Reklamların İdari Denetimi

Reklamların idari denetimi konusunda TKHK m. 17 ile düzenlenen Reklam Kurulu ve 6112 sayılı Kanun ile düzenlenen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu yetkilidir.

¹¹¹ AYGÜL, s. 132.

¹¹² BOZBEL, s. 34.

¹¹³ BOZBEL, s. 53-54.

¹¹⁴ TKHK m. 16/III: "Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir."

¹¹⁵ Reklam Yönetmeliği m. 11: "Karşılaştırmalı reklamlara;

a) Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,

b) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi,

c) Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması, halinde yer verilebilir."

¹¹⁶ AYGÜL, s. 135; Yarg. 11 HD., 20.2.1998, E:1997/9233, K:1998/1026 (www.kazanci.com).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

aa) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketicinin Başvurabileceği Yollar

Aldatıcı reklam sonucu tüketicilerin menfaatleri zarar görmektedir. Bu nedenle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketicilerin menfaatleri korunmak istenmiştir. Aldatıcı reklam yoluyla, bir malın özelliklerinin yanıltıcı ya da yanlış olarak tanıtılması, gerçekte o mal veya hizmetin o niteliklere sahip olmaması halinde, tüketiciler TKHK. m. 4 ve 4/A uyarınca ayıptan doğan haklarını kullanabilirler. Ancak, tüketicinin Korunması Hakkında Kanun aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunmasında yeterli korumayı sağlayamamaktadır. Zira, her aldatıcı reklam aynı zamanda mal veya hizmetin niteliği ile ilgili olmadığından ayıp hükümleri kapsamında sağlanan haklardan yararlanması mümkün olmaz.¹¹⁷

Tüketicilerin sahip olduğu bir başka hak, reklam kuruluna şikayette bulunma hakkıdır. Reklam Kurulu, yapılan reklamların TKHK. m. 16'ya uygunluğunu denetlemekle görevlidir.¹¹⁸ Reklam Kurulu bir reklamı re'sen inceleyebileceği gibi, tüketicilerin başvurusu üzerine de bu incelemeyi yapabilir. Reklam Kurulu yaptığı inceleme sonucunda, reklamın 16. maddedeki esaslara aykırı olduğuna karar verirse, reklamın geçici olarak durdurulmasına, kesin olarak durdurulmasına ve para cezası uygulanmasına ve aynı yöntemle düzeltilmesine karar verebilir.¹¹⁹ Reklam Kurulu kararları Bakanlıkça uygulanır. TKHK m. 17'ye göre, Reklam Kurulu 25 kişiden oluşur ve görev süreleri üç yıldır. Reklam Kurulu kararları tüketicilerin bilgilenebilmesi, aydınlanması için Reklam Kurulu Başkanlığınca açıklanır. Kurula başvurular yazılı yapılır.¹²⁰ Ancak, Kurulun sık sık idari para cezası yoluna başvurusu ve cezaların yüksek olması nedeniyle, serbest piyasa ekonomisini olumsuz etkileyebileceği düşünüldükçe eleştirilmektedir.¹²¹ Sağlık alanında aldatıcı reklamlara ilişkin Reklam Kurulu Kararları oldukça fazladır. Aşağıda bu kararlara birkaç örnek yer verilecektir,¹²²

“1) 2010/695- Op. Dr. Ubeyt AKÇİN'e ait Malatya ilindeki billboardlarda yer alan “Umutlarınıza ışık oluyoruz. Op. Dr. Kadın Doğum Uzmanı Übeyt AKÇİN. www.drubeytackcin.com Kısırlık ve Tüüp Bebek. Lütfen randevu alınız: 0 531 466 47 47. Fark ücreti almıyoruz. Atatürk Cad. No: 43” şeklindeki reklamların talep yaratıcı ve adı geçen doktorun çalışmalarına ticari veçhe verici nitelikte olması nedeniyle söz konusu reklamların 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'e ve Ticari Reklam

¹¹⁷ ASLAN, s. 280; BÜYÜKAY, parag. 97.

¹¹⁸ TKHK. m. 17: “Ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre, 16 ncı madde hükümlerine aykırı reklam ve ilanları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Reklam Kurulu kararları Bakanlıkça uygulanır.”

¹¹⁹ ASLAN, s. 281; BÜYÜKAY, parag. 87; ÖZDEMİR, s. 84.

¹²⁰ AYGÜL, s. 33-34; BOZBEL, s. 133-134.

¹²¹ BOZBEL, s. 134-135.

¹²² Reklam Kurulunun 2011 Yılı Kararları için Bkz.

http://www.tuketiciler.org/?com=183_reklam_kurulu_14.12.2010_karari, 16.6.2011

ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'e uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Op. Dr. Ubeyt AKÇİN hakkında anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.

2) 2010/686- Medicalpark Sağlık Hizmetleri A.Ş. bünyesindeki Özel Medical Park Hastanesi'ne ait olup, Isparta ilinin muhtelif yerlerinde bulunan billboardlarda Mart-Nisan 2010 döneminde yayımlanan reklam ve ilanlarda yer alan "...*Laparaskopi Cerrahi ile Ameliyat korkusu tarih oldu!...Kısa operasyon süresi, daha az ağrı ve risk düzeyi, kısa sürede günlük yaşama dönebilme, kozmetik avantaj...Prostat kanseri, böbrek kanseri, mesane kanseri, böbrek üstü bezi tümörleri, böbrek kisti, böbrek taşları...Ürolojide Laparoskopik ameliyatlarda Prof. Dr. Tibet Erdoğan ve Uzman Kadrosu tarafından gerçekleştirilmektedir(...)*" gibi ifadelerin talep yaratmaya yönelik olduğu ve anılan sağlık kuruluşuna ticari bir veçhe yükleyen ifadeler olduğu gerekçeleriyle söz konusu reklam ve ilanların 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne, Özel Hastaneler Yönetmeliğine ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'e uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Medicalpark Sağlık Hizmetleri A.Ş. hakkında yerel düzeyde (6.867 TL) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine,

Diğer taraftan, aynı firmaya ait www.medicalpark.com.tr adresli internet sitesinin Mayıs 2009 tarihli görünümünde ve broşürlerde yayımlanan reklam ve ilanlarda nedeniyle Reklam Kurulu'nun 09.06.2009 tarih ve 165 sayılı toplantısında idari para cezası verilmiş olup; yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı fiilin bir yıl içerisinde tekrar edilmiş olması nedeniyle, para cezasının 4077 Sayılı Kanun'un 25/11 inci maddesinde yer alan "(...) para cezaları fiilin bir yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli olarak uygulanır" hükmüne istinaden iki kat olarak (6.867 x 2 =13.734 TL) uygulanmasına karar verilmiştir.

3) 2010/625- Op. Dr. Bülent DEMİRTÜRK'e ait www.demirturk.org adresli internet sitesinin 26.08.2010 tarihli görüntülerinde yer alan, "Kıl Dönmesi" başlığı altında; "...*YILLARIN BİRİKİMİ VE TECRÜBESİYLE HİZMETİNİZDEYİZ...*", "Kıl Dönmesi Rahatsızlığında Bizim Uyguladığımız Tekniğin Diğer Ameliyatlardan Fark ve Üstünlükleri",

"Hemoroid" başlığı altında; "*Cerrahi olarak hemoroid tedavisinde Türkiye'de 3 ana yöntem kullanılmakta olup muayenehanemizde bu metodlardan 2 tanesi ve ilave olarak Amerika ve Avrupa ülkelerinde yerleşmiş olan band ligasyon tekniği uygulanmaktadır.*",

"Anal Fissür" başlığı altında; "*Muayenehanemizde Fissür rahatsızlığının tedavisinde operasyon sonrası hastamız AYNI GÜN NORMAL YAŞANTISINA VE İŞİNİN BAŞINA DÖNMEKTEDİR.*",

"Anal Fistül" başlığı altında; "*Muayenehanemizde Fistül rahatsızlığının tedavisinde Fistülotomi tekniği uygulanarak fistüller tedavi edilmekte ve operasyon sonrası hastamız AYNI GÜN NORMAL YAŞANTISINA VE İŞİNİN BAŞINA DÖNMEK-*

TEDİR.” şeklindeki ifadelerin talep yaratıcı ve adı geçen doktorun çalışmalarına ticari veçhe verici nitelikte olması nedeniyle söz konusu reklamların 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’a, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’ne, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğe ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’e uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Op. Dr. Bülent DEMİRTÜRK hakkında anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.

4) 2010/626- Op. Dr. Mustafa IŞIK’a ait www.hemoroidklinik.com adresli internet sitesinin 26.08.2010 tarihli görüntülerinde yer alan “İleri olmayan Mukozal Prolapsus’da kesin tedavi yöntemimiz hizmetinizde...”, “Pilonidal Sinüs (Kıl dönmesi) tedavisinde devrim uygulama... 10-15 Dak. dikişsiz. Ağrı yok denecek kadar az. İşinize aynen devam. Yatmak yok!...Tkrarı olmayan (Nüks) tedavi yöntemimiz devrede...”, “3. v3 4. derece hemoroidlerde %100 Garantili teknik uygulama dönemi başladı” şeklindeki ifadelerin talep yaratıcı ve adı geçen doktorun çalışmalarına ticari veçhe verici nitelikte olması nedeniyle söz konusu reklamların 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’a, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’ne, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğe ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’e uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Op. Dr. Mustafa IŞIK hakkında anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.

5) 2010/656- Kartalmed Sağlık Hizm. Merkezi San. ve Tic. Ltd. Şti. bünyesindeki Kartal Göz Hastanesi tarafından dağıtılan çeşitli broşürlerde yer alan; “...Excimer Lazer’le gözlük ve lenslerinizden %50 indirimle kurtulun!!! Pendik’in GÖZ’ü olmaya geliyoruz!...” , “...Bağkur-TBMM-AK Sigorta-İş Bankası anlaşmalı kurumlarıyla katarakt ameliyatları başlamıştır...” gibi ifadelerin ve anılan hastaneye ait www.kartalgoz.com adresli internet sitesinde yer alan; “Sadece 7 dakikada gözlüklerinizden kurtulun... Hayata Kartal Göz ile bakın... Tüm ameliyatlarda 3 taksit imkanı...” şeklindeki ifadelerin, hastane ile ilgili birçok hasta yorumlarının, hastaneye ait tanıtım videosu ile hastanede hizmet veren doktorların katıldığı çeşitli televizyon kanallarında yayımlanan programlara ait görüntülerin hastane lehine talep yaratıcı, benzer kuruluşlar ile hastane arasındaki farklılıkları ön plana çıkaran hastane faaliyetlerine ticari bir görünüm kazandıran ifadeler olduğu, dolayısıyla söz konusu reklam ve ilanların 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’a, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’ne, Özel Hastaneler Yönetmeliğine ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’e uygun olmadığına,

Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Kartalmed Sağlık Hizm. Merkezi San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında ulusal düzeyde idari para (68.678 TL) ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir.

6) 2010/686- Aks Maksimum Yayıncılık ve Ticaret A.Ş.'ye ait olup, "ShowMax" logosu ile yayın yapan televizyon kanalında, 27.01.2010 tarihinde yayınlanan *Beste Zamamı* isimli programın Necla BATUM'un konuk olduğu 27.01.2010 tarihli yayınında; program konusunun uyguladığını iddia ettiği cilt bakımı yöntemlerinden bahsedildiği, 388 46 16 www.sopranobeauty.com" şeklinde iletişim bilgilerine yer verildiği ve program konusunun vermiş olduğu hizmetin diğer cilt bakım yöntemlerinden farkının övgü dolu sözlerle ön plana çıkartıldığı, program sunucusu tarafından "*Bu konuda çok iddialısınız biliyorum 20-25 yaş gençleştirebilirim diyorsunuz*" şeklinde ifade kullanıldığı, bu esnada ekranda "*25 yaş genç görünebilirsiniz. 0 212 2340775 - 0 531* böylece söz konusu şahsın ve www.sopranobeauty.com adresli internet sitesinin örtülü reklamının yapıldığına,

Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, Aks Maksimum Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. hakkında ulusal düzeyde idari para (68.678 TL) ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir."

Reklam Denetleme Kurulu, reklamların denetiminde etkili bir rol oynamaktadır. Her ay toplanan kurul tüketicilerin veya rakiplerin şikayeti üzerine reklamları denetlemektedir. Reklam kurulunun vermiş olduğu kararlara baktığımızda, kararlar çoğunlukla tüketicilerin aldatılmasını önlemek için kanuni düzenlemenin ötesinde katıdır. Reklam kurulu, kararlarında reklamların aldatıcı olmaması kuralını katı bir şekilde uygulamaktadır. Reklamda yer alan aşırıya kaçmayan sübjektif değerlendirmeler ve bilimsel verilerdeki küçük değişiklikler, abartılar aldatıcı reklam niteliğinde kabul edilmektedir. Reklam kurulu internet üzerinden yapılan reklamları da yetki alanında kabul ederek denetlemektedir.¹²³

bb) 6112 sayılı Kanunla Kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Kanununun 34 - 43. maddelerinde Radyo ve Televizyon üst Kurulu düzenlenmiştir. Kurul, Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilecek 9 üyeden oluşmaktadır. Seçim sonuçları Resmi Gazetede yayınlanır. Üyelerin görev süresi 6 yıldır. Bu Kurul, reklama ilişkin düzenlemelere aykırı davranılması halinde gerekli idari yaptırımları öngörmekle yetkilidir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinde reklamlarda uyulması gereken ilkeler belirtilmiştir. Kanununun 8. maddesinin (j) bendinde "*haksız çıkarılara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar içeremez.*" ilkesine yer verilmiştir. Kanunun belirlediği ilkelere uyulmadan reklam yapılması durumunda Radyo Televizyon Üst Kurulu tarafından verilecek idari para cezaları düzenlenmiştir. Buna göre Kanununun 32. maddesinin 2. fıkrasında haksız rekabete yol açacak unsurları içeren reklamlar için şu düzenlemeye yer verilmiştir.

"*8 inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcıları uyarılır. Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önce-*

¹²³ BOZBEL, s. 79-80.

ki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz.”

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun yapmış olduğu denetim sadece radyo ve televizyon kuruluşlarına yönelik olup, reklam veren kişiyi bu hükümler uyarınca doğrudan denetlemesi ve ceza vermesi mümkün değildir.¹²⁴

cc) Hekimler bakımından Türk Tabipler Birliği ve İl Sağlık Müdürlüklerinin Denetimi

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununun 28. maddesinde idare heyetinin görevleri arasında (c) bendinde “meslek âdabına uymayan ve tıp mesleklerinin icrasına dair kanunun kabul ettiği çerçevede dışında tabela kullanılmasını”, (d) bendinde ise “sinema, radyo, müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklâm yapılmasını önlemek” hükmüne yer verilmiştir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 9. maddesinde “Muayenehane kapılarına veya binaların dışına asılacak tabelaların ebadı ve adedi, mahalli tabip odaları tarafından tesbit edilebilir. Tabipler ve dış tabipleri, tabip odalarının bu husustaki kararlarına riayet etmekle mükelleftirler.” hükmü ile bu görev de tabip odalarına verilmiştir.¹²⁵

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesinin 3. fıkrası ile, hekimlerin reklam, tanıtım ve bilgilendirme niteliğindeki faaliyetleri için İl Sağlık Müdürlüğünden izin almaları gerektiği hükme bağlanmıştır. Hekimlerin mesleki bağımsızlığı bakımından, İl Sağlık Müdürlüklerinin talep veya şikâyet üzerine bu denetimi yapmaları daha isabetli olurdu.¹²⁶

b) Reklamların Öz Denetimi

Reklamların öz denetimi, reklam yapan kişilerin kendi kendilerini denetlemelerinden oluşan bir mekanizmadır.¹²⁷ Bu denetim ile aldatıcı reklamların sayısı azaltılmak istenmektedir.¹²⁸ Reklamların öz denetimi konusunda anayasa olarak nitelendirilebilecek Uluslararası Ticaret Odası'nın “Uluslararası Reklam Uygulama Esasları” başlığı altında düzenlenen temel ilkeler tüm mal ve hizmet reklamları bakımından öz denetim mekanizmasına işlerlik kazandırmayı amaçlamaktadır.¹²⁹ Bu kurallar, örnek temel ilke niteliğindedir ve Türk Hukuk açısından da önem taşımaktadır. TKHK'nun 17. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere: “Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemede; ülke koşullarının yanı sıra, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları da dikkate alır.” Reklam Kurulu Yönetmeliğinin¹³⁰ 8. maddesinin 2. fıkrasında da aynı düzenlemeye yer verilmiştir: “Kurul, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemede; ülke koşullarının

¹²⁴ AYGÜL, s. 35.

¹²⁵ BÜYÜKAY, parag. 84 ve 85.

¹²⁶ BÜYÜKAY, parag. 88.

¹²⁷ ÖZDEMİR, s. 76.

¹²⁸ GÖLE, s. 142.

¹²⁹ ÖZDEMİR, s. 76.

¹³⁰ RG. 01.08.2003, 25186.

yanı sıra, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kurallar ile gelişmeleri, Uluslararası Reklam Uygulama Esaslarını, reklamı yapılacak ürün veya hizmetlerin özelliğini ve yürürlükteki özel mevzuat hükümlerini de dikkate alır.”

Türkiye’de öz denetim reklamın, tüketiciye ve topluma karşı sorumluluğu çerçevesinde yasal, ahlaki ve dürüst olmasının sağlanması için, reklam verenler, reklam ajansları ve mecralarının, uluslararası ticaret odasının ilkelerini kabul ederek, bu ilkeleri Türkiye’de uygulamak üzere Reklam Öz Denetim Kurulu’nu kurmaları sonucu gerçekleşmiştir. Reklam Öz Denetim Kurulu Avrupa Standart Birliğinin de bir üyesidir. Kurulun, aldığı kararların, kamuoyuna yapılan ortak taahhüt çerçevesinde uygulanmasını mecralardan isteme hakkı vardır.¹³¹

İstanbul Ticaret Odası’nın dürüst reklamcılık konusunda 1 Ekim 1981 tarihinde kabul ettiği Mesleki kararı da öz denetim konusunda önemli bir adımdır. Bu kararda reklam yapılırken uyulması gereken genel ilkelere yer verilmiş ve bu ilkelere uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Kararın getirdiği genel ilkeler, uluslararası ticaret odasının Reklamda Uluslararası Ahlak Yasası ile düzenlenen ilkelere paraleldir. Ancak, kararın sadece İstanbul Ticaret Odasının faaliyet sınırları içinde yapılan reklamlara uygulanması mümkündür.¹³²

c) Haksız rekabet hükümleri uyarınca reklamların denetimi

Dünya ekonomisinin büyük kısmı serbest piyasa ekonomisine dayanmaktadır. Serbest piyasa ekonomisinin temelini ise rekabet özgürlüğü oluşturmaktadır. Serbest ekonomi sistemini benimsemiş ülkelerde, devlete ekonomik ve ticari hayatın serbest rekabet koşullarında sürdürülmesi anayasal bir yükümlülük olarak yüklenmiştir. Türk ekonomisi de serbest rekabet ilkesine dayanmaktadır.¹³³ Anayasanın 48. maddesinin 2. fıkrasında “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın 167. maddesine göre: “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” Anayasa’nın 167. maddesi devlete, tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici tedbirleri almasının yanında, rekabeti koruyucu tedbirleri almayı da görev olarak yüklemiştir.¹³⁴ Rekabet, ticari hayatta müşteri çekmek için yapılan tür türlü mücadeleyi ifade etmektedir.¹³⁵ Müşteri çekmek için en iyi yol, rakip firmanın satışa sunduğu mal veya hizmetten daha kaliteli ve daha uygun şartlarla mal ve hizmet sunulmasıdır. Bu nedenle, iktisadi rekabet ticari ve sınai olarak ilerlemeyi gerçekleştireceğinden müşterilerin yararına bir durum yaratmaktadır ve bu nedenle de rekabete

¹³¹ ÖZDEMİR, s. 76.

¹³² GÖLE, s. 144-146; ÖZDEMİR, s. 76-77.

¹³³ TEOMAN, Ömer (ÜLGİN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. F ÜSÜN), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, N., s. 449, parag. 1271; ÖZDEMİR, s. 65 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/277/2503.pdf>, 15.9.2011); ASLAN, 253.

¹³⁴ TEOMAN (ÜLGİN, Ticari İşletme Hukuku), N., s. 450, parag. 1272.

¹³⁵ DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 4. Bası, İstanbul, 2004, s. 385.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

çeşitli kanunlar¹³⁶ tarafından izin verilmektedir.¹³⁷ Ancak, rekabet hakkının dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması, kötüye kullanılmaması için haksız rekabeti önleyici yasal düzenlemelere yer verilmiştir.¹³⁸

Reklam yapmak, ekonomik rekabet etme hakkının kullanılmasını oluşturur. Bu nedenle, yanıltıcı, aldatici reklam yapılması durumunda haksız rekabet söz konusu olur.¹³⁹ Aldatici reklamlar nedeniyle hem rakipler hem de müşteriler zarar görmektedir. Haksız rekabet hem Borçlar Kanunu (m. 48, Yeni Türk Borçlar Kanunu m. 57) hem de Ticaret Kanununda (m. 56 vd., Yeni Ticaret Kanunu m. 54 vd.) düzenlenmektedir. Ticaret Kanunundaki haksız rekabet hükümleri ticari alanda (tacirler arasında) uygulama alanı bulmakta, diğer bütün alanlarda Borçlar Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri uygulanmaktadır.¹⁴⁰ Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu genel olarak haksız rekabete ilişkin düzenleme içermektedir. Reklam yasaklarına ilişkin dökümdede görüldüğü üzere, bazı kanunlarda aldatici reklama ilişkin özel hükümlere de yer verilmiştir. Aşağıda Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunundaki haksız rekabete ilişkin genel düzenlemeler ayrı olarak incelenecektir.

aa) Ticaret Kanununda Haksız Rekabet

Modern ekonominin özünde, bireylerin serbestçe rekabet etmesi yer almaktadır. Her girişimci, ürünlerini tüketicilere tanıtarak pazardaki payını büyütmeyi hedeflemektedir. Rekabet özgürlüğü bu bakımdan çok önemlidir. Bu nedenle kapitalist ekonomilerde, rekabet özgürlüğü yasal düzenlemeler ile koruma altına alınmıştır.¹⁴¹ Reklamın pazarlamada en çok kullanılan iletişim aracı olduğu belirtilmişti. Girişimciler reklam yolu ile ürünlerini tüketicilere tanıtmakta ve rekabet haklarını kullanmaktadır. Ancak, ticari hayatta bu hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla, Ticaret Kanununun 56. maddesi ve devamı hükümlerinde haksız rekabet düzenlenmiştir.¹⁴² Tacirler arasında aldatici reklam yapılması TTK m. 56 uyarınca haksız rekabet teşkil etmektedir.¹⁴³ TTK. m. 56'da yapılan düzenleme ile, haksız rekabet sonucu zarar görenlerin menfaatlerinin korunması ve zararlarının giderilmesi amaçlanmıştır.¹⁴⁴

Ticaret Kanununun 56. maddesine göre haksız rekabet: "*Haksız rekabet, aldatici hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her*

¹³⁶ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 1 (RG. 13.12.1994, 22140); 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 56. vd. (RG. 09.07.1956, 9353); 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 48 vd. (RG. 29.4.1926, 359).

¹³⁷ DOĞANAY, s. 388.

¹³⁸ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, Ankara, 2008, s. 299.

¹³⁹ GÖLE, s. 168; BOZBEL, s. 139.

¹⁴⁰ ARKAN, s. 303.

¹⁴¹ İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul, 2005, s. 78.

¹⁴² İMREGÜN, s. 78; YILMAZ, Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri" İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı, 2006/4, s. 1483.

¹⁴³ GÖLE, s. 162.

¹⁴⁴ ERDEM, Ercüment, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt 1, İstanbul, 2002, s. 386.

türlü suistimalidir."¹⁴⁵ Bu maddede haksız rekabet genel olarak tanımlanmıştır. MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralının, rekabet hakkının kullanılmasında da gözetileceği teyit edilmiştir. Bu yapılan tanım ile, haksız rekabetin doğması için kusura da gerek yoktur.¹⁴⁶ Kusur ancak tazminat davasında aranan bir koşuldur.¹⁴⁷ Haksız rekabetin söz konusu olması için tarafların birbirlerine rakip olmaları ya da failin kendisine bir yarar sağlamış olması da gerekmemektedir. Haksız rekabete uğrayanın zarar görmüş olması ise sadece tazminat davalarında aranan bir koşuldur.¹⁴⁸ Haksız rekabetin oluşması için üç unsur gerekmektedir. Maddede belirtildiği üzere, ortada iktisadi bir rekabet olmalıdır. Bunun için de ekonomik bir etkinliğin olması gerekir. Bir diğer unsur, bu iktisadi rekabetin iyi niyet kurallarına aykırı olarak sürdürülmesidir. Son olarak, iyi niyet kurallarına aykırı olarak rekabetin sürdürülmesi rekabet hakkının kötüye kullanılmasını oluşturmaktadır. Bu unsurların varlığı halinde, haksız rekabetten söz edilmektedir.¹⁴⁹

Türk Ticaret Kanununun 57. maddesinde bazı haksız rekabet halleri örnek olarak 10 bent halinde sayılmıştır. Aşağıda, 57. maddede sayılan haksız rekabet örneklerinden reklama ilişkin olanlar ele alınacaktır.

Bent 1: "*Başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötölemek*"

Bu bent'e göre, yapılacak bir reklamda başka bir firma hakkında yanlış ya da yanıltıcı, kötöleyici beyanların kullanılması haksız rekabet teşkil edecektir.¹⁵⁰ Bu bent özellikle karşılaştırmalı reklama ilgilidir. Reklamın, bir firmanın kendi ürettiği mal ve hizmetlerle ilgili olabileceği gibi, kendi mal ve hizmetleri ile rakip firmaların ürettiği mal ve hizmetlerle açık ya da örtülü olarak ilişki kurularak yapılması da mümkündür. Rakip firmanın mal ve hizmetleri karşılaştırmalı reklam yoluyla yanlış ya da yanıltıcı biçimde kötülenirse, bu bent uyarınca haksız rekabet gerçekleşir.¹⁵¹

Yeni Türk Ticaret Kanunu 55. maddesinin a bendinin 5. alt bendinde, TTK m. 57'de düzenlenmeyen, karşılaştırmalı reklama konusunda haksız rekabet haline ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre: "*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*" karşılaştırmalı reklamda yapılan gerçeğe aykırı ya da aldatıcı açıklamaları haksız rekabet hali olarak saymıştır.¹⁵²

¹⁴⁵ Yeni Türk Ticaret Kanunu madde 54: "*Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*

Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."

¹⁴⁶ ARKAN, s. 305-306; DOĞANAY, s. 386; ERDEM, s. 382-383.

¹⁴⁷ TEOMAN (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N., s. 456, parag. 1283.

¹⁴⁸ Ayrıntı için bkz. TEOMAN (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N., s. 455-456, parag. 1281-1284.

¹⁴⁹ İMREGÜN, s. 81-82; GÖLE, s. 163.

¹⁵⁰ ARKAN, s. 307.

¹⁵¹ DOĞANAY, s. 393-394.

¹⁵² YILMAZ, s. 1519.

Bent 3: “Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek”¹⁵³

Bu bent’in kapsamına özellikle yanıltıcı reklamlar girmektedir.¹⁵⁴ Yeni Türk Ticaret Kanunu da, bu bendin içeriğini genişleterek aldatici reklamın haksız rekabet teşkil edeceğine yer vermiştir.¹⁵⁵ Her girişimci reklam yolu ile ürünlerini tanıtmaya hakkına sahiptir. Ancak yapılan reklamların yanıltıcı ve yanlış olmaması gerekir. Yanıltıcı reklam yapılması durumunda haksız rekabet oluşur. Bu durumda haksız rekabet, benzer ürün veya hizmetleri sunan tüm rakip firmalar ve yanıltıcı veya yanlış olarak yapılan reklama inanarak o ürün veya hizmetleri alan tüm tüketicilere karşı gerçekleşmiştir.¹⁵⁶ Ancak, bu bent’in sadece aldatici reklamlara ilişkin olduğu kabul edilemez. Reklamın unsurları açıklanırken, reklamın tüketicilere bir vasıta ile yönelmesi gerektiği belirtilmişti. Bu bentte her türlü bilgi verme kapsama alındığından, sadece aldatici reklamları düzenlediği söylenemez. Ancak, çoğunlukla aldatici reklamlar bu bent kapsamına girmektedir.¹⁵⁷ Kendisinin değil, 3. kişinin gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı bilgi vererek bir firmayı rakiplerine göre üstün duruma getirmesi de bu bent uyarınca haksız rekabet olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁸

Sağlık hizmeti sunan özel hastaneler, mevzuattaki reklam yasaklarına karşın bazı tanıtım araçlarını kullanarak reklam yapmaktadır. Afiş, ilan, broşür dağıtarak, tüketicilerin sağlık hizmetlerini kendilerinden almalarını sağlamaya çalışmaktadır. Yapılan bu tanıtımlar, reklamlar doğru ve ahlaki bir biçimde yapılırsa, sağlık hizmeti alacak olan tüketiciler için ve sağlık hizmeti veren özel hastanelerin birbiriyle olan rekabetinde yararlı ve güçlü bir araçtır.¹⁵⁹ Bu nedenle, TTK. m. 56 ve devamında düzenlenen haksız rekabet hükümleri aldatici reklama karşı bir yaptırım öngörülmüşken, reklamın tamamen yasaklanması özel hastanelerin rekabet serbestisi açısından sakıncalıdır.

Türk Ticaret Kanunu haksız rekabet halinde hem cezai hem de hukuki sonuçlar öngörmüştür. Haksız rekabet halinde, açılacak davalar TTK m. 58’de düzenlenmiştir. Bunlar, tespit davası, men davası, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması davası ve tazminat davasıdır. Aldatici reklam yapılması halinde, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması önem taşımaktadır. Aldatici bir reklamın durdurulmasına karar verilse dahi, bu reklamın etkileri bir süre daha devam edecektir. Bu nedenle, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini öngören 58. madde ve hükmün ilanı konusunda hakime takdir yetkisi veren 61. madde hükmü beraber değerlendirildiğinde, haki-

¹⁵³ Yeni Türk Ticaret Kanunu madde 55/1,a(2): “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,”

¹⁵⁴ ARKAN, s. 307; GÖLE, 1s. 69; TEOMAN (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N.,s. 459, parag. 1292; DOĞANAY, s. 396.

¹⁵⁵ YILMAZ, s. 1502-1503.

¹⁵⁶ İMREGÜN, s. 82.

¹⁵⁷ GÖLE, s. 171.

¹⁵⁸ DOĞANAY, s. 398.

¹⁵⁹ GÜLER, s. 43.

min düzeltici reklamlar yolu ile aldatıcı reklamın etkilerinin kaldırılmasına karar vermesi mümkündür.¹⁶⁰ Ayrıca, TTK. m. 63'te haksız rekabet nedeniyle dava açma hakkı olan kimsenin mahkemeden mevcut durumun olduğu gibi korunmasını ve HUMK'un ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümleri uyarınca gerekli diğer tedbirlerin alınmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu davalar bakımından daha önce belirttiğimiz üzere sadece tazminat davasında haksız rekabette bulunan failin kusuru aranmaktadır.¹⁶¹ Haksız rekabet halinde, zarar görenler ve zarar görme tehlikesine uğrayan kimseler ile haksız rekabet sonucu zarar gören müşteriler bu davaları açabilirler.¹⁶²

TTK m. 64'te cezai sorumluluğu gerektiren haksız fiil halleri sayılmıştır.

Buna göre: "*Elli yedinci maddenin 1,2,4,5,6,8 ve 9 uncu bentlerinde yazılı haksız rekabet fiillerinden birini işleyenler;*

2. *Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı malumat verenler;*

3. *Müsdahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa etmelerini veya ele geçirmelerini temin için iğfal edenler;*

4. *İstihdam edenler veya müvekkillerden, işçilerinin veya müstahdemlerinin ve yahut vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı müstelzim olan bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili menetmiyen veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmiyenler;*

58 inci madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar adli para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılırlar.

Haksız rekabetin men'i hakkındaki kesinleşmiş ilama rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya tali değişikliklerle devam eden kimse altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve beş bin liradan on bin liraya kadar adli para cezasına mahkum edilir ve suçlu re'sen takip olunur."

bb) Türk Borçlar Kanununda Haksız Rekabet

Borçlar Kanununun 48. maddesinde iktisadi alandaki faaliyet serbestisi haksız rekabet başlığı altında düzenlenmiştir.¹⁶³ Buna göre:

"Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.

(Ek fıkra: 29/06/1956 - 6763/41 md.) Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur."

¹⁶⁰ ASLAN, s. 285.

¹⁶¹ ARKAN, s. 314-315.

¹⁶² ERDEM, s. 394.

¹⁶³ TANDOĞAN, s. 308.

Borçlar Kanununun 48. maddesinin 2. fıkrasında haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanununda yapılan düzenleme saklı tutulmuştur. Bu eklenen fıkra ile, ticari işlerde haksız rekabet halinde TTK, ticari olmayan işlerde haksız rekabette bulunulması halinde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.¹⁶⁴ Haksız rekabete ilişkin hem borçlar Kanunu hem de Ticaret Kanununda hüküm bulunması, Türk Ticaret Kanununun geçirdiği tarihi gelişimden kaynaklanmaktadır. 1926 tarihli eski Türk Ticaret Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, Borçlar Kanununun 48. maddesi de yürürlükteydi. Eski Türk Ticaret Kanununda bu dönemde sadece çeşitli haksız rekabet halleri sayılıyordu. Daha sonra, Borçlar Kanununun 48. maddesinin aslını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun haksız rekabete ilişkin düzenlemesi yetersiz kalması gerekçesi ile 30 Eylül 1943 tarihli Haksız Rekabete Dair Federal Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre Haksız Rekabete Dair Federal Kanunun hükümleri ise yeni Ticaret Kanunumuza alınmıştır. Ancak, Türk Ticaret Kanunu tasarısında yer alan, Borçlar Kanununun 48. maddesinin yürürlüğünün kaldırılmasına ilişkin düzenleme, 1956 yılında tasarımı gözden geçiren komisyon tarafından, ticari olmayan işler bakımından Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin düzenlemesinin uygulanamayacağı gerekçesi ile, bu madde Ticaret Kanununun metninden çıkarılmıştır.¹⁶⁵ Ancak, Borçlar Kanununun 48. maddesinin uygulama alanı kalmadığına ilişkin doktrinde görüşler mevcuttur.¹⁶⁶ Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin kaynağını oluşturan 1943 tarihli İsviçre Kanunu, ticari olsun olmasın tüm haksız rekabet hallerinde bu Kanunun uygulanacağını kabul etmiştir. Bu durumda, Ticaret Kanununda düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerin sadece ticari işlerde uygulanacağını kabul edilmesi doğru olmaz.¹⁶⁷ Türk Ticaret Kanunu, haksız rekabeti “iktisadi rekabetin her türlü ihlal edilmesi” olarak tanımlamıştır. Buna göre, adi işlerdeki haksız rekabet TTK hükümlerinin kapsamına girecektir.¹⁶⁸ TTK’da düzenlenen tüm hususların sadece tacirlere uygulanması söz konusu değildir. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin serbest rekabet düzenini koruma amacı göz önüne alındığında, bu korumanın TTK’da düzenlenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, TTK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte BK. m. 48’in zımnen yürürlükten kalktığı kabulü gerekmektedir.¹⁶⁹ Borçlar Kanununun haksız rekabet ilişkin düzenlemesinin yerinde olduğu da doktrinde savunulmuştur. Bu görüşe göre, ticari işletmenin değil, herhangi bir mesleki faaliyette haksız rekabette bulunulması durumunda Borçlar Kanununun 48. maddesi uygulama alanı bulacaktır.¹⁷⁰ Borçlar Kanununun 48. maddesine eklenen fıkra ile, artık haksız rekabet hallerinin hepsi ticari kabul edilmeyip, ticari işletme ile ilgili olmayan serbest meslek icra eden kimselerin haksız rekabetine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.¹⁷¹ Yeni Türk Borçlar

¹⁶⁴ ERDEM, s. 380.

¹⁶⁵ TANDOĞAN, s. 309; GÖLE, s. 153-154; BOZBEL, s. 136-137; ARKAN, s. 302; YILMAZ, s. 1484-1485.

¹⁶⁶ ERDEM, dipnot 8’deki yazarlar, s. 381.

¹⁶⁷ GÖLE, s. 155; TEOMAN (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N., s. 452; İMREGÜN, s. 79; ARKAN, s. 303 dipnot 2’deki yazarlar.

¹⁶⁸ GÖLE, s. 155; BOZBEL, s. 138.

¹⁶⁹ TEOMAN (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N., s. 453.

¹⁷⁰ TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 2010, s. 310-311 dipnot 9’daki yazarlar

¹⁷¹ TANDOĞAN, s. 312.

Kanununda haksız rekabete ilişkin aynı düzenlemeye yer verilmesi bu tartışmaları sürmesine sebep olacaktır.¹⁷²

Sağlık alanında aldatıcı reklam yoluyla haksız rekabet halinde, reklam ekonomik rekabet etme hakkının kullanılmasını oluşturduğundan, her türlü ekonomik rekabet hakkının kötüye kullanılmasını düzenleyen TTK hükümleri uygulanacaktır.¹⁷³

Borçlar Kanununun 48. maddesi yürürlükte olduğundan ve aldatıcı reklamlar hükmünün kapsamında olduğundan bu bölümde ele alınmıştır.

Borçlar Kanununun 48. maddesine göre, yanlış ilanlar yahut hüsünüyet kaidelerine mugayir sair hareketlerle yapılan tüm fiilleri kapsamaktadır. Ancak, Borçlar Kanunu haksız rekabetin gerçekleşmesi için, bu fiile maruz kalan kimsenin müşterilerin azalması ya da azalma tehlikesinin bulunmasını aramaktadır. Bu iki unsurun birlikte gerçekleşmesi durumunda BK. m. 48'de sağlanan korumalardan yararlanılabilir.¹⁷⁴

Aldatıcı reklamlar yanlış ilan teşkil edeceğinden, aldatıcı reklam yapmak BK. m. 48 uyarınca haksız rekabetin bir örneğini oluşturmaktadır.¹⁷⁵ Haksız rekabete maruz kalan kimse, haksız rekabetin men-i davası, müşterinin azalması tehlikesi mevcut sa haksız rekabetten içtinap ve varsa zararlarının tazmini için tazminat davası açma hakkına sahiptir.¹⁷⁶

Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, Türk Ticaret Kanunu ile daha kapsamlı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin kaldırılmasına da yetersiz kalmaları sebep olmuştur. Borçlar Kanununun 48. maddesinde ekonomik kişiliğin korunması esas alınırken, Türk Ticaret Kanunu ile hakkın objektif iyi niyet kurallarına aykırı kullanılması esas kabul edilmiş ve böylece ekonomik rekabet düzeninin korunması amaçlanmıştır. Tüketicilerin ve rakip firmaların aldatıcı reklam yoluyla sebep oldukları haksız rekabet halleri için Türk Ticaret Kanunu çok daha kapsamlı bir düzenleme ve koruma getirmektedir.¹⁷⁷

VI. SAĞLIKTA REKLAM YASAĞINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Sağlık hizmetlerinin sağlanması, sağlık personeli, sağlık kuruluşları, ilaç araç ve gereçlerin uygun biçimde işbirliği ve koordinasyonu ile gerçekleştirilebilir. Bu alanla ilgili yasak ve sorumluluklar da sağlık personeli, sağlık kuruluşları, ilaç sağlayan kuruluşlar olarak ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilebilir. Sağlık personeli başta hekim olmak üzere tedavinin herhangi bir aşamasında görev almış olanları (uzman, hastaba-

¹⁷² Yeni Türk Borçlar Kanunu madde 57: "Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı halinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır."

¹⁷³ GÖLE, s. 156; BOZBEL, s. 138.

¹⁷⁴ TANDOĞAN, s. 313-314; GÖLE, s. 157; BÜYÜKAY, parag. 89.

¹⁷⁵ GÖLE, s. 157.

¹⁷⁶ TANDOĞAN, s. 314.

¹⁷⁷ GÖLE, s. 158-159.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

kıcı, hemşire, teknisyen...) kapsar.¹⁷⁸ Bunlar sağlık hizmetini bazen tek başlarına, bazen de ekip olarak verir (özellikle ameliyatlarda). Sağlık hizmetlerine ilişkin mevzuat düzenlenirken bu alanın özellikleri gözetilerek sağlık alanında reklamla ilgili özel düzenlemeler getirilmiş ve hekim, sağlık personeli, kurumlar ve ilaçlarla ilgili bazı reklam yasaklarına yer verilmiştir. Sağlıkla ilgili reklam yasaklarının oldukça geniş bir uygulama alanı da vardır. Reklam Kurulu kararlarının yaklaşık %30'u sağlık alanıyla ilgilidir. %10'u da sağlık alanıyla ilintilidir.¹⁷⁹ Biz bu sağlıkta reklam yasağını sağlık personeli, sağlık kuruluşları ve ilaç sektörü olmak üzere üç ayrı başlık altında ele alacağız.

1. Sağlık Personeli Açısından Reklam Yasağı

a) **1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**¹⁸⁰
Kanununun 24. maddesinde göre: *"İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmaları memnudur."*

Bu Kanun halen yürürlükte olup, tabiplik ve diş tabipliği ile ilgili hükümler getirmiştir. Bunlardan biri de yukarıda verdiğimiz reklam yasağı ile ilgili düzenlemedir. Konunun ayrıntısı ileride ele alacağımız Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde düzenlenmiştir (m. 8-9).¹⁸¹

b) **6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu**¹⁸²

Hekimler arası deontoloji ve dayanışma kurallarına uymayı sağlamak, hekimlik mesleğinin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini gerçekleştirmek, hekimlerin hak ve çıkarlarını korumak, geliştirmek amacıyla Türk Tabipler Birliği kurulmuştur. Kamu ve özel sektörde görev alan hekimleri kapsayan bu kuruluş, kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluştur (m. 1).¹⁸³

Türk Tabipler Birliği Kanunu idare heyetinin vazifelerini düzenleyen 28. maddesinde reklamla ilgili bir düzenlemeye de yer vermiştir. Buna göre idare heyeti:

"Meslek âdabına uymayan ve tıp mesleklerinin icrasına dair kanunun kabul ettiği çerçeve dışında tabela kullanılmasını,

Sinema, radyo, müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklâm yapılmasını" önlemekle yükümlüdür.

Buna aykırı davranışlar Türk Tabipler Disiplin Yönetmeliğinde belirlenen davranışlar (m. 4) para cezası ile cezalandırılacaktır.¹⁸⁴ Bu yetki Tabipler Birliği'ne, Türk Tabipler Birliği Kanununun 9/b maddesi ile verilmiş olup, ödemeler Tabipler Odasına yapılacaktır.¹⁸⁵

Yönetmeliğe göre (m. 4), para cezasını gerektiren haller:

¹⁷⁸ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 665.

¹⁷⁹ AYGÜN, s. 63.

¹⁸⁰ RG. 14.4.1928, 863.

¹⁸¹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi RG. 19.2.1960, 10436.

¹⁸² RG. 31.1.1953, 8323.

¹⁸³ AYGÜN, s. 65.

¹⁸⁴ Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, RG. 28.4.2004, 25446.

¹⁸⁵ AYGÜN, s. 66.

“a) Resmi görevi dışında hekimlik faaliyetini yürüttüğü yerin bağlı bulunduğu odaya 30 gün içinde kayıt olmamak,

b) Tanıtım kurallarına aykırı davranmak,

c) Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak,

d) Bireysel olarak veya yöneticisi oldukları dernekler ya da çalıştıkları kurumlar aracılığıyla ticari ürün veya hizmetin tanıtımında yer almak veya reklamına aracılık etmek,

e) El ilanları, tabelalar, basın ve benzeri yollarla meslektaşlar arası haksız, tıp dışı rekabete yol açacak duyurular yapmak

j) Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış tabela ile ilgili kurallara uymamak”

Benzer esaslar Türk Tabipler Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinde de yer almıştır.¹⁸⁶

Yargılama Yönetmeliğinin 5. maddesinde para cezasını gerektiren eylem ve durumlar sıralanmıştır. Bunlar:

“a) Her türlü basın ve yayın organlarında reklam amacına yönelik, haksız rekabete neden olan, bilimsel içeriği olmayan yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak, yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığı ile bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak,

b) Gazete ve diğer yayın organlarındaki duyurularında ve reçete kağıtlarında ad, soyadı, adres, uzmanlık ve akademik ünvanı ile muayene gün ve saatleri dışında reklama yönelik beşinci maddenin (a) bendinde belirtilen amaçlarla yazılar yazmak,

c) Türk Tabipleri Birliğince veya Odalarca saptanmış, Tabela Yönetmeliği'ne uymamak”

c) 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu¹⁸⁷

Dış Hekimleri Odaları ile Türk Dış Hekimleri Birliğinin, kuruluş, teşkilat, faaliyet ve denetimine, organlarının seçimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenleyen bu Kanunun reklamlarla ilgili hükümleri 11. ve 26. maddelerinde yer almaktadır.

Oda Yönetim Kurulu'nun görevlerini düzenleyen m. 11/e'ye göre:

“Dış Hekimlerinin, hastalarla dış hekimleri arasında aracılık yapmayı meslek edinenlerle işbirliği yapmasını, Merkez Yönetim Kurulunca şekli belirlenmiş örneğe uymayan tabelaların kullanılmasını ve her türlü araçla veya kişiyle reklam yapılmasını; meslektaşlar arasında gayrimeşru menfaat sağlanmasını önlemek”

Birlik Merkez Yönetim Kurulunun Görevleri de m. 26/f'de düzenlenmiştir. Buna göre Merkez Yönetim Kurulu dış hekimlerinin kullanacakları tabela örneğini tespit ederek, bu örneğe uymayan tabelaların kullanımını ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğüne aykırı ilan ve reklam yapılmasını önleyecektir.

¹⁸⁶ Bu yönetmelik 9.6.1996 tarihinde toplanan 44. Büyük Kongrede kabul edilmiştir.

¹⁸⁷ RG. 25.6.1985, 18792.

Türk Dış Hekimleri Birliği ve Dış Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği de¹⁸⁸ reklam niteliğindeki faaliyetler için para cezası öngörmüştür. Yönetmeliğin 8 (1) maddesine göre para cezası gerektiren fiiller:

“Reçete kağıtları, el ilanları, promosyon malzemeleri ve benzeri araçlarla reklam yapmak veya sanal ortamlar da dahil olmak üzere her türlü iletişim araçlarında reklam amacına yönelik veya haksız rekabeti sağlayıcı yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamalarda bulunmak; çalıştığı veya ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığı ile anılan eylemlerin yapılmasını sağlamak veya yapılmasına göz yummak”

d) 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun¹⁸⁹

22.6.2004 tarihli bu Kanunun 5. maddesine göre: *“Göz hastalıkları uzmanı tabipler optisyenlik müessesesi açarak optisyenlik yapabilirler. Ancak optisyenlik yaptıkları sürece tabiplik yapamazlar.”*

Kanunun 6. maddesine göre: *“Optisyenler, optisyenlik yaptıkları sürece müesseselerinde başka bir iş yapamaz ve müesseselerini muayenehane gibi kullandıramazlar.*

Optisyenlik müessesesinde her türlü kontakt lens uygulanması yasaktır.”

Kanunun 9. maddesine göre: *“Optisyenin, mesleğini icra ettiği müessesede bizzat bulunması esastır.*

Optisyenler ile göz hastalıkları uzmanı tabipler, vergi mükellefiyetleri ayrı olsa bile, aynı mekanda veya iç giriş kapıları veya iç bağlantıları bulunan müesseselerde birlikte mesleklerini icra edemez. Sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde veya binasının içinde de optisyenlik müessesesi açamaz.”

Kanunun 11. maddesinde ise optisyenlik unvanı ve reklam yasağı düzenlenmiştir:

“Optisyen unvanını haiz olarak müessese açmış olanlar, yalnız optisyen unvanını kullanabilirler. Başka bir unvan kullanmaları veya gerçeğe uymayan reklam yapmaları yasaktır.”

e) 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Kanunu¹⁹⁰

Yasa koyucu hekimle reklamı bağdaştıramadığı için sadece insanları tedavi eden hekimlere reklam yasağı koymakla yetinmemiş, hayvanları tedavi eden hekimlere (veteriner) de reklam yasağı getirmiştir.

Kanunun 1. maddesine göre: *“Yüksek veteriner okulları ile veteriner fakültelelerinden veya muadeleti Maarif Vekaletince tasdik edilmiş veteriner okullarından diploma almış olanlara (Veteriner hekim) denir. “*

Kanunun İdare Heyetinin vazifelerini düzenleyen 33/b maddesinde bu vazifelerden birinde *“İş veya hasta sahipleri ile oda azası arasında aracılık yapanları meslek ve sanatın icrasında gayri meşru menfaat sağlamak gibi mevzuat ve meslek adabı-*

¹⁸⁸ RG. 25.3.2001, 24353.

¹⁸⁹ RG. 26.6.2004, 25504.

¹⁹⁰ Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimler Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun, 9.3.1954 tarihli bu kanun RG'nin 18.3.1954 tarih, 8661 sayılı nüshasında yayınlanmıştır. Kanun en önemlisi 1984'te olmak üzere 1963, 1997, 2008 ve 2010'da bazı değişiklikler geçirmiştir.

na yakışmayacak harekette bulunanları önlemek ve bu kanunda men edilmiş olan her türlü reklam ve propagandaya meydan vermemek” olduğunu düzenlemektedir. Veteriner Hekim Muayene ve Poliklinik Yönetmeliği¹⁹¹ ve Veteriner Hekimliği Deontoloji Yönetmeliği¹⁹², ilan ve reklamlarla ilgili hükümler düzenlemektedir.

Muayene ve Poliklinik Yönetmeliğinin 21. maddesine göre: “Veteriner hekimler birden fazla yerde muayenehane ve poliklinik açamazlar. Veteriner hekimler açtıkları muayenehane veya poliklinikler için reklam ve propaganda mahiyetinde olmamak kaydıyla ilanlar tertip edebilir. Muayenehanelerin ve polikliniklerin tanıtımı için işyerlerine açıklayıcı ve tanıtıcı tabela asılabilir..... Muayenehanenin dış cephesinde bu tabeladan başka bir tabela veya her ne şekilde olursa olsun yazı, ilan ve reklam benzeri ibare bulundurulamaz.”

Deontoloji Yönetmeliğinde ise ilan ve reklama daha geniş yer verilmiştir.

Deontoloji Yönetmeliğinin 15. maddesine göre: “Tabelalarda ilanlarda ve reçete kağıtlarında yasalar uyarınca kazanılmış sıfatlar dışında unvan kullanılmaz. Bunlara her ne şekilde olursa olsun, reklam anlamı taşıyan biçim ve işaretler konmaz.”

Deontoloji Yönetmeliğinin 21. maddesine göre: “Veteriner hekim, genel hekimlik kurallarına aykırı aldatıcı teşhis ve tedavi yapamaz, meslektaşlarını ve halkı yanıltıcı davranışlarda bulunamaz.”

Yönetmeliğin reklam ve tanıtımla ilgili en ayrıntılı hükmü 40. maddesidir. Buna göre: “Veteriner hekimler, müşterilerine yönelik duyurularında; gazete, afiş, broşür, el ilanı ve bu gibi her türlü iletişim araçlarında yapacağı duyurularında; adres, telefon numarası, muayene günü ve saatleri, sahip olduğu unvan, acil olaylar için ev adresi ile muayenehaneyi bulmada yardımcı olacak işaretler dışında reklam niteliği taşıyan frapan renkler, müşteriye maddi ve manevi avantaj sağlanacağını belirten her türlü yazılar, ifadeler, bilimsel ve eğitici nitelik taşımayan ışıklı gösteriler, süslemeler veya aracı, propagandacı gibi meslek gururunu düşürecek nitelikteki uygulamalardan kaçınmak zorundadır.”

41. madde ise teşekkür ilanından söz etmektedir: “Müşterilerin, veteriner hekimlere ilişkin olarak teşekkür ilanları vermesi her ne kadar doğal ise de, veteriner hekimler hiçbir suretle müşterisine yönelik teşekkür ilanı veya reklam veremezler.”

2. Tıbbi Etik Açısından Reklam Yaşığı

a) Genel olarak etik ve meslek etiği

Mesleki etik, mesleki faaliyetin sürdürülmesi aşamasında ahlaki ve mesleki ilkelere göre hareket etme disiplini olarak tanımlanabilir.¹⁹³

Her mesleğin kamusal açıdan gereksinimleri vardır. Bu gerekler etik ilkelere göre, kurallara bağlanır ve onlara uyumla kamusallaşır. Mesleki kararların etik, sosyal, teknolojik, ekonomik ve politik yönleri olabilir.¹⁹⁴

¹⁹¹ RG. 18.6.2001, 24436; ayrımı için bkz. AYGÜN, s. 67 vd.

¹⁹² RG. 9.7.1994, 21985.

¹⁹³ SEVİĞ, Veysi, “Meslek Etiği”, s. 1.

¹⁹⁴ SEVİĞ, s. 2.

Kişilerin davranışları, işe bakış açıları işin yapımında gösterdikleri başarıların altında, etik kurallara bağlılık ön plana çıkmaktadır. İş yaşamında meslek elemanlarının kendisine tevdi edilen bir işi bütün özellikleri ile kavraması mesleki açıdan değerlendirecek kendisinden beklenen hizmeti mesleğin özelliklerine uygun olarak vermesi meslek etiğinin gereklerindedir.

Meslek elemanının, mesleki ilkesi kendi alanında kendisinden hizmet bekleyenlere yasaların elverdiği ölçüde oluşan ilkelere göre faydalı olacak şekilde hizmet sunması olarak tanımlanabilir.¹⁹⁵

Her meslek kendi bünyesinde meslek kuruluşları aracılığı ile meslek etiği kurallarını saptamış ve üyelerinin buna uymalarını sağlamak üzere bir disiplin mekanizması oluşturmuştur. Kamusal nitelikteki bu meslek kuruluşlarına örnek olarak TÜRMOB, BAROLAR, TABİP ODALARI sayılabilir.

b) TÜRMOB

Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği "Meslek Ahlak Kuralları ile İlgili Mecburi Meslek Kararı"nı 18 Ekim 2001 tarihinde Resmi Gazetede yayınlamak üzere yürürlüğe koymuştur.¹⁹⁶ Kararın 3. maddesine göre: "*Meslek ahlakı, ruhsatlı meslek mensuplarının yeterlilik, güvenilirlik, tarafsızlık, bağımsız karar alabilme, kendi kendilerini denetlemelerinin ve dürüstlüğüünün simgesidir. Meslek ahlakı kuralları, bu mesleki kararda tanımlanan meslek ahlakı anlayışını benimseyen ruhsatlı meslek mensuplarını yücelttiği gibi alçaltıcı tutum ve davranışlara karşı korur.*"

Haksız rekabet yasağını düzenleyen 14. maddeye göre: "*Bir meslek mensubu, mesleki dayanışma ve sorumluluk bilinci ile, diğer bir meslek mensubunun iş yaptığı bir kişi veya kuruma, aynı işi yapmak üzere girişimde bulunamaz.*"

Reklam ve teşvik yasağına ilişkin 17. maddeye göre: "*Reklam yapılması yasaktır. Bu nedenle bir gazete, dergi ya da benzeri duyuru araçlarından herhangi birinden yararlanarak reklam yapmak yasaktır. Meslek mensubu, basına bülten dağıtmak veya demeç vermek suretiyle kendi firmasının mesleki deneyim hizmetlerini yüceltmez ya da reklam edemez.*"

Yazarlık ve akademik unvanların kullanılması reklam sayılmaz.

Eğitim seminerlerine katılma reklam sayılmaz.

Meslek mensupları ve yanlarında çalışan meslek mensupları ile görevli diğer personelin kullandıkları kartvizitler reklam sayılmaz. Bu kartlar, yalnızca kart sahibinin adı ve soyadını, mesleki şirketin veya büronun unvanını, adres ve telefon-faks numaralarını, mesleki unvanı ile bürodaki ya da şirketteki yönetici, ortak, danışman gibi unvanları taşır. Bu kartvizitlerde herhangi bir uzmanlık alanı ya da eski görevlerini belirten rumuz veya unvanların yer alması reklam kapsamında olduğundan yasaktır.

¹⁹⁵ SEVİĞ, s. 2.

¹⁹⁶ Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Meslek Ahlak Kuralları ile İlgili Mecburi Meslek Kararı, RG. 18.10.2001, 24557.

c) TBB (Türkiye Barolar Birliği)

Türkiye Barolar Birliğinin belirlediği etik kuralları ve reklam yasağına ilişkin düzenlemeleri şöylece özetleyebiliriz:

- Mesleki çalışmalarında avukat bağımsızlığını korur, bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır.
- Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özen göstermekle yükümlüdür.
- Avukat, yalnız adres değişikliğini reklam niteliğini taşımayacak biçimde ilan yoluyla duyurabilir.
- Avukatın başlıklı kağıtları, kartvizitleri, büro levhaları reklam niteliğini taşıyabilecek aşırılıkta olamaz.
- Avukat telefon rehberinde meslekler kısmında adres yazdırabilir. Bunun dışında farklı büyüklükteki harflere ya da ilan niteliğinde yazılara yer veremez.
- Ortak büro avukatları, büronun reklam aracı olmamasına, hukuk bürosu niteliğinin yitirilmemesine dikkat ederler.¹⁹⁷

d) TBB (Türk Tabipler Birliği)

Diğer kamu görevi gören meslek kuruluşlarında olduğu gibi Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da Tabip Odalarının üst meslek kuruluşu olan Türk Tabipler Birliği tarafından düzenlenmiştir.¹⁹⁸ Etik ve reklamla ilgili temel düzenlemeler şöyledir:

- Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler (m. 5).
- Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir (m. 6).
- Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür (m. 7).
- Ticari amaç ve reklam yasağı: Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez; insanları yanıltıcı, paniğe düşürücü, yanlış yönlendirici, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz. Hekim, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularda varsa, Tababet Uzmanlık Tüzüğü'ne göre kabul edilmiş olan uzmanlık alanını, çalışma gün ve saatlerini bildirebilir. Tabela ve benzeri tanıtım araçlarının biçim ve boyutları yerel tabip odası tarafından saptanır (m. 11).
- Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurur; hastalarının tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulayamaz. Hekim, gerekli bilimsel aşamalar-

¹⁹⁷ 26.11.1971 tarihli ve 5 sayılı TBB Bülteninden.

¹⁹⁸ 10-11 Ekim 1998'de yapılan TBB 47. Genel Kurulunda. Yayın tarihi 1.2.1999. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

dan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz (m. 12).

- Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması (malpractice)" anlamına gelir (m. 13).

- Hekim öteki hekimlere veya tetkik-tedavi kuruluşlarına maddi çıkar karşılığı hasta gönderemez. Hekim, hasta sağlamak amacıyla aracı kişilerden yararlanamaz (m. 14).

- Hekimler endüstri kuruluşları ile hiçbir çıkar ilişkisi kuramazlar. Bilimsel araştırmalar ve eğitime yönelik ilişkiler ise, şeffaf ve kurumsal olmalıdır. Bu ilişkilerde Türk Tabipleri Birliği'nin hazırladığı "Hekim ve İlaç Tanıtım İlkeleri" geçerlidir (m. 15).

Hekimlik etik kuralları arasında hekim-hasta ilişkilerine ilişkin bazı temel kurallara da yer verilmiştir, bunlar:

- Hasta haklarına saygı. Hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı, vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır.

- Hekim seçme özgürlüğü. Hasta, mevzuatın belirlediği kurallara, tıbbi uygulamanın özelliklerine ve kurumun koşullarına göre hekimini seçmekte özgürdür.

3. Bazı uygulamaların Reklamla İlgisi

a) Bilgilendirme ve reklam

Hekimlere reklam yasağı getirilirken bu uygulamanın hastanın bilgilendirme hakkını olumsuz etkilememesi gerekir. Bu amaçla hekim hastasını, kullandığı yeni araç ve yöntemler konusunda aydınlatılabilir, muayenehanesinin bulunduğu yer ve çalışma saatleri konusunda bilgi verebilir. Böylece reklam yasağı maddi bilgilendirmeye izin verilerek yumuşatılmak istenmektedir. Bu tür uygulamalar reklam yasağı kapsamına girmez.¹⁹⁹

b) Aldatıcı Reklamlar

Hekime özel reklam yasakları dışında Ticaret Hukuku esaslarına göre yapılan ancak aldatıcı reklam kapsamındaki reklamlar da, hekime özel yasakların kapsamına girmese de yapılamaz. Reklamın mutlak surette gerçeğe uygun olması gerekmektedir. Hekime özel yasaklar arasında yer almamasına rağmen tüketicinin yanıltılmasına yol açabilecek reklamlar da yasak kapsamında sayılmalıdır. Hekimin uzman olmadığı bir konuda uzmanmış gibi reklam yapması, katılmadığı bir sertifika programına katılmış gibi reklam yapması, reklam yasağı kapsamında düşünülmelidir.²⁰⁰

c) Bilim dışı reklam amaçlı yazılar, haberler, röportajlar

Hekimlerin her türlü basın ve yayın organlarında reklam amaçlı, bilimsel içeriği olmayan yazılar yazması, haberler vermesi veya röportajlar yayınlaması, çalıştığı sağlık kuruluşlarının adını ve adresini vermesi, haksız rekabetin önlenmesi ve tüketicinin korunması açısından reklam yasağının kapsamında sayılmalıdır. Hekimin hazırladığı

¹⁹⁹ BÜYÜKAY, parag. 18-19.

²⁰⁰ BÜYÜKAY, parag. 20.

bilimsel bir kitapta, muayenehanesinin adres ve telefonuna yer vermesi de reklam yasağı kapsamında sayılmalıdır.²⁰¹

Önemli güncel tıbbi konularda medyada halkı aydınlatmak amacıyla uzmanların görüşlerini almak ve bunu kamu oyu ile paylaşmak normal karşılanabilirse de bu röportajlarda hekimin konu dışına çıkıp adres ve telefon vermesi, aydınlatma amacını aşan reklama yönelik davranışlardır.

Burada son dönemlerde gittikçe yaygınlaşan “Doktorum” programlarından da söz etmek gerekir.

Her gün değişik kanallarda belli tıbbi konular bir veya birkaç hekim tarafından ele alınmakta, stüdyodaki seyircilerle birlikte uygulamalı olarak açıklanmakta, bilgi verilmektedir.

Bu tür programlarda yayın sırasında hekimin çalıştığı kurum veya muayenehaneye ilişkin bilgi verilmemekte ancak bazı önemli vakalarda hastanın telefonu alınıp daha sonra hekimle buluşmasına aracılık edilmektedir. Sonuçta bu da reklamın bir değişik uygulaması olarak algılanabilir. Tedavi gören sonuçta hekimin çalıştığı yeri görecek, memnun kalırsa çevresine de haber vererek hekimin ve sağlık kuruluşunun reklamını yapmış olacaktır.

d) Diploma ve sertifikaların sergilenmesi ve reklam

Hekim uygun eğitim süreci sonunda elde ettiği diploma ve sertifikaları ancak çalıştığı odada veya muayenehanesinde sergileyebilir. Bu onun en doğal hakkıdır. Ayrıca hastanın da hekimin eğitimi ve başarıları konusunda aydınlatılmasını sağlar. Ancak belgelerin hekimin çalıştığı mekan dışında, ilgililerin bilgisine sunulmasını onları hekimin çalıştığı sağlık kuruluşuna veya muayenehanesine çekmeye çalışmak reklam sayılıp, yasaklanabilir.²⁰²

e) Mektup veya el ilanları ve reklam

Hekimlerin kendilerini tanıtmak amacıyla kullandıkları yöntemlerden biri de mektup göndermek veya el ilanı dağıtmaktır. Mektuplar daha önce muayenehaneyi veya sağlık kuruluşlarına başvurmuş olan hastalara gönderilebileceği gibi, belli kuruluşlardan sağlanan kişilerin mektup veya e-mail adreslerine de gönderilebilir.²⁰³ Bazı yazarlar mektup veya e-mailin sadece daha önce başvurmuş olan hastalara gönderilmesini kabul etmekte, aksi durumlarda bunu reklam saymaktadır.²⁰⁴ Hekimin kendisini, muayenehanesini veya çalıştığı sağlık kuruluşunu tanıtmak amacıyla el ilanına başvurması da

²⁰¹ BÜYÜKAY, parag. 21.

²⁰² BÜYÜKAY, parag. 23.

²⁰³ BÜYÜKAY, parag. 32.

²⁰⁴ Büyükay bu görüşünü Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesindeki maddi bilgilendirmeye yönelik materyallerin, sadece sağlık kuruluşlarına başvuran hastalar için hazırlanabileceğine ilişkin hükmüne dayandırmaktadır. Ancak biz bu yönetmelikte 58. maddede rastlamadık. Yönetmeliğin son şeklinde 41 madde, 2 ek madde, 9 geçici madde yer almaktadır. Ancak, 15.2.2008 tarihinde çıkarılan bu Yönetmelik, 23.7.2008, 11.3.2009, 31.12.2009, 10.3.2010, 3.8.2010, 25.9.2010, 6.1.2011, 7.4.2011 tarihlerinde olmak üzere 8 kez değiştirilmiş olduğundan, maddelerde de bir değişiklik yapılmış olabilir.

mümkündür. Medyada ilan yoluyla yapılan tanıtım rekabet koşullarına uygun ise (haksız rekabet oluşturmazsa) reklam sayılmayabilir. Ancak, tanıtım ile reklam arasındaki farkı saptamak bize oldukça güç gözükmektedir. İleride değerlendirme kısmında ayrıca değinmek üzere²⁰⁵, haksız rekabet oluşturmamak, gerçeğe uygun olmak koşuluyla tanıtım amaçlı mektup, ilan, el ilanı, röportajlar tanıtım ve bilgilendirme amacı ağır bastığı sürece reklam sayılmayabilir.

f) Tabelalar ve reklam

Reklam açısından üzerinde titizlikle durulan bir konu da serbest çalışan hekimlerin muayenehane tabelalarıdır. 15.2.2008 tarihli Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesine göre, tabelalarda en fazla iki renk kullanılabilir ve tabelaların görünmelerini sağlamak amacıyla ışıklandırılması, aydınlatılması mümkündür.²⁰⁶ Yönetmelikle, Deontoloji Nizamnamesi arasında ışıklandırma konusundaki farklı düzenlemeyi farklı bir yorumla bağdaştırmak mümkündür. Deontoloji Nizamnamesi tabelaların ışık verici vasıtalarla süslenmesini yasaklamış, Ayakta Tedavi Yönetmeliği ise çalışma saatleri içinde tabelaların ışıklandırılmasına izin vermektedir. Yasak olan tabelaların ışıkla süslenip, ışığın reklam aracı olarak kullanılmasıdır. Tabelaların okunabilmesi için ışıklandırılmasını bundan ayrı düşünmek gerekir. Yönetmeliğin amacı da tabelaların okunabilmesi için ışıklandırılmasını, daha doğrusu aydınlatılmasını sağlamaktır. Özellikle hava karardıktan sonra ışıklandırma bir zorunluluk olacaktır. Bunu reklam saymak mümkün değildir.²⁰⁷

Tabelalarda akademik unvanların kullanıp kullanılmayacağı da tartışılmıştır. Akademik unvanlar, belli bir emeğin ve akademik çalışmanın sonucudur. Belli kriter ve sınavlardan sonra kazananlar bu unvanların tabelalarda ve kartlarda, haksız rekabet veya reklam sayılmaması gerekir.²⁰⁸ Ancak, bazı Tabip Odalarının, tabelalarda akademik unvanların kullanılmasını yasakladığı görülmektedir.²⁰⁹

g) İnternet aracılığı ile reklam

İnternet çağımızda giderek yaygınlaşan ancak giderek de denetim dışı kalan bir alandır. Bu alanla ilgili yeterli ve kapsamlı bir yasal düzenleme bulunmayışı da bu alanın denetimini olanaksız kılmaktadır. Sağlık kuruluşlarına ilişkin olarak radyo, televizyon, yayın organları ile reklam ve haksız reklam, haksız rekabet yasaklanmış olmasına

²⁰⁵ Bkz. Değerlendirme ve Sonuç.

²⁰⁶ Ancak tabelaların boyutları yerel tabip odalarına bırakılmış olduğundan, bu konuda farklı düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca konu ile ilgili Yönetmelikler de farklı hükümler bulunmaktadır. 13.1.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 9. maddesine göre (RG. 19.2.1960, 10436): "Muayenehane kapılarına veya binaların dışına asılacak tabelaların ebadı ve adedi, mahalli tabip odaları tarafından tesbit edilebilir. Tabipler ve dış tabipleri, tabip odalarının bu husustaki kararlarına riayet etmekle mükelleftirler. Tabelalarda en çok iki renk kullanılabilir. Işık verici vasıtalarla tabelaları süslemek yasaktır."

²⁰⁷ Karş. BÜYÜKAY, parag. 47. Özellikle dn. 49. Yazarın belirttiğine göre Almanya'da bazı mahkeme kararları aydınlatmayı kabul etmekte, bazı kararlar ise reklam sayarak reddetmektedir. (parag. 47, dn. 54-55).

²⁰⁸ BÜYÜKAY, parag. 45.

²⁰⁹ Bkz. İstanbul Tabip Odası Tabela Yönetmeliği, m. 8. Ancak, uygulamada bu yasağa pek de uyulmamaktadır.

rağmen bu alanda sağlık kuruluşlarının yaptırımını göze alarak yaygın biçimde reklama başvurdukları görülmektedir. Hekim açısından özellikle internet ortamında yeterli bir denetim sağlanması son derece güçtür.²¹⁰

h) Web sayfası ile reklam

İşletmeler giderek yaygın biçimde kendi oluşturdukları web sayfalarında ürünlerini tanıtmakta, hatta internet ortamında paylaşabilmektedir. Burada reklamdan değil, haksız reklam ve haksız rekabete girişirse internet ortamında da olsa bunun engellenmesi gerekir. Aynı sonucu hekimler açısından da düşünebiliriz. Hekim kendi web sayfasında meslektaşlarıyla haksız rekabete ve haksız reklamlara girişirse, bunu tıp etiği ile bağdaştırmak mümkün olmadığı gibi, ticaret hukuku açısından da haksız rekabet yaptırımlarının uygulanması düşünülebilir.²¹¹

i) Medya ilanları ile reklam

En yaygın kullanılan reklam basın veya televizyondaki ilanlarla yapılan reklamlardır. Ancak bu alandaki reklamlar daha çok sağlık kuruluşları (özellikle hastanelere ilişkin) reklamlarıdır. Hekimlerin gazete veya televizyona ilan vererek reklam yaptığını pek rastlanmamaktadır. Hekimler ancak muayenehanelerini değiştirdikleri zaman hastalarına bu değişikliği duyurabilmek için medya ilanına başvurmaktadır. Yasal düzenlemeler de zaten bu tür ilanlara izin vermektedir.²¹²

4. Sağlık Kuruluşları Açısından Reklam Yasağı

Sağlık mevzuatımızda hekimlere ve sağlık personeline ilişkin reklam yasakları yanında sağlık kuruluşlarına ilişkin reklam yasaklarına da yer verilmiştir. Hastane, klinik, sağlık merkezi, laboratuvar gibi sağlık kuruluşları konusunda değişik hukuki kaynaklarda reklam yasağına yer verilmiştir. Ancak sağlık personeline ilişkin reklam yasakları Kanunlarda yer alırken, sağlık kuruluşlarına ilişkin reklam yasaklarına yönetmeliklerde yer verilmiştir.²¹³

Özel sektörün sağlık alanında da faaliyet gösterebilmesi, bu alandaki taleplerin karşılanabilmesi için kamu hastaneleri yanında özel hastanelere de yer verilmesi genç Türkiye Cumhuriyeti'nin benimsediği esaslardan biri olmuş ve bu amaçla 1933 yılında

²¹⁰ BÜYÜKAY, parag. 58, dn. 61.

²¹¹ İnternet ortamında reklam ve web sayfası ile reklam konusunda bkz. karş. BÜYÜKAY, parag. 49-58, 59-65.

²¹² 11.4.1928 tarih, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun (RG. 14.4.1928, 863) 5. maddesine göre: "Hususi muayenehane açmak veyahut evinde muayenehane tesis eylemek suretiyle sanatını icra eylemek isteyen her tabip hasta kabulüne başladığından itibaren en çok bir hafta içinde isim ve hüviyetini, diploma tarih ve numarasını ve muayenehane itihaz eylediği mahal ile mevcut ise ihtisas vesikalarını mahallin en büyük sıhhiye memuruna kaydettirmeye ve muayenehanenin nakli halinde en az yirmi dört saat evvel keyfiyeti nakli ihbara mecburdur."

²¹³ AYGÜN, s. 40.

Hususi Hastaneler Kanunu²¹⁴ çıkarılmıştır. Bu Kanunda reklam yasağına yer verilmezken, sağlıkla ilgili kuruluşlara ilişkin yönetmeliklerde reklam yasağına yer verilmiştir. Değişik Yönetmeliklerdeki bu reklam yasaklarını gördükten sonra Yönetmelikler arasındaki ve Yönetmeliklerle Hususi Hastaneler Kanunu arasındaki farklılıklara değinmeye çalışacağız.

a) Özel Hastaneler Yönetmeliği²¹⁵

Yönetmeliğin 1. maddesinde amacın *“Bu Yönetmeliğin amacı; etkin, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere, bütün özel hastanelerin tesis, hizmet ve personel standartlarının tespit edilmesine, sınıflandırılmasına, sınıflarının değiştirilmesine, amaca uygun olarak teşkilatlandırılmasına ve bunların açılmalarına, faaliyetlerine, kapanmalarına ve denetlenmelerine ilişkin usûl ve esasları”* düzenlemek olduğu belirtilmektedir.

Yönetmeliğin kapsamına, Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve diğer kamu tüzelkişilerine ait hastaneler hariç olmak üzere; gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişilerine ait hastaneler girer (m. 2).

Yönetmeliğin hukuki dayanağı, 7.5.1987 tarihli 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. ve 9. maddeleri ile 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43. maddesidir (m. 3).²¹⁶ İlginçtir Hususi Hastaneler Kanununda, Özel Hastaneler Yönetmeliği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin Yedinci Bölümünün başlığı, *“Yatak Sınıfları, Gündelik Yatak Ücretleri, Kıyafet ve Kimlik Kartı, Reklam ve Tanıtım”* dir. Ancak konuyu düzenleyen 60. madde²¹⁷, sadece Bilgilendirme ve Tanıtım’a yer vermiş, reklam veya reklam yasağı ile ilgili açık bir düzenleme yapmamıştır. Yönetmeliğin bu değişik 60. maddesine göre: *“Özel hastaneler; tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep yaratmaya yönelik, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibaini uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı ismi dışında başka bir isim kullanamazlar.*

Özel hastaneler tarafından; sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.

Özel hastaneler; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapılabilir ve ilan verebilir.

²¹⁴ 24.05.1933 tarihli, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, RG. 5.6.1933, 2419. 2003 yılında 4854 sayılı Kanunla, 2008 yılında da 5728 sayılı Kanunla 49 maddesinden 8’i değiştirilmiş bulunan bu Kanun halen yürürlüktedir.

²¹⁵ RG. 27.03.2002, 24708.

²¹⁶ 13.12.1983 tarihli 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki KHK, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 58,14,a).

²¹⁷ 60. madde 28.5.2004 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bkz. RG. 28.5.2004, 25475.

Özel hastaneler tarafından oluşturulan internet sitelerinde; yer alan her türlü sağlık bilgisi, alanı ile ilgili bilgi ve tecrübeye sahip sağlık meslek mensupları tarafından verilmek zorundadır. Bu siteler aracılığıyla hiçbir şekilde tedavi edici sağlık hizmetine yönelik bilgiler verilemez. İnternet sayfalarında verilen bilginin, son güncelleme tarihi açıkça belirtilir.”

Görüldüğü gibi madde, özel hastanelere sağlığı koruyucu ve geliştirici bilgilendirme ve tanıtım yapabileceğini, hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda, toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabileceğini, ilan verebileceğini kabul etmektedir. Buradaki düzenleme hekimlere ilişkin düzenlemelere göre çok daha serbesttir. Ancak bazı yargı kararları²¹⁸, bu açık hükme rağmen, bu tür reklamları hukuka aykırı saymaktadır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği tanıtım ve bilgilendirme konusunda tanıtım, ilan ve reklamı kabul eden 60. maddesine rağmen, Reklam Kurulu da bazı kararlarında bu tür tanıtım faaliyetlerini 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, ticari reklamlar ve ilanları düzenleyen 16. maddesine aykırı bularak para cezası ile cezalandırmıştır.²¹⁹

Bu maddeye göre: “Ticari reklam ve ilânların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilânlar ve örtülü reklam yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.

Reklam veren, ticari reklam veya ilânda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler.”

Kanunun 17. maddesine göre oluşturulacak Reklam Kurulunun görevi: “Ticari reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilânları incelemek ve inceleme sonucuna göre, 16 ncı madde hükümlerine aykırı reklam ve ilânları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası verme hususları”dır. Reklam Kurulu kararları Ticaret ve Sanayi Bakanlığınca yürütülür.

25 kişilik kurulda sağlıklı ilgili olarak Türk Tabipler Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türk Diş Hekimleri Birliğinden birer üye de yer almaktadır. Kanunun 25.

²¹⁸ Ankara 6. İdare Mahkemesinin 14.12.2004 tarihli, E:392, K: 2412 sayılı kararı. Karara konu olayda, sağlık kuruluşunun internet adresi ve telefon numarası verilerek, boyun ve bel fitiği ameliyatlarında kullanılan “endoskopik diskektomi” yöntemi tanıtılmakta, hem kuruluşun, hem de bu yeni yöntemin reklamı yapılmaktadır. Mahkeme bunu “reçeteye satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamı yapılamaz” gerekçesiyle, bunları yasaklayan idari kararı hukuka uygun bulmuştur. Karar ve eleştirisi için bkz. AYGÜN, s. 46-47.

²¹⁹ 23.02.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG. 8.3.1995, 22221.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

maddesinde cezalar, 26. maddesinde cezalarda yetki, itiraz ve zamanlaşımına yer verilmiştir. Bu maddeye göre, 25. maddenin 1., 4., 7., 8., 9., 10. fıkralarındaki idari yaptırımlara Bakanlık tarafından, diğer fıkralardaki idari para cezalarına mahalli mülki amir tarafından karar verilecektir. Kararlar kararı veren makam tarafından yedi gün içinde ilgilinin mensup olduğu meslek kuruluşuna bildirilecektir. İdari yaptırım konularına karşı, tebliğden itibaren 15 gün içinde idare mahkemesine başvurulabilecek, ancak açılan iptal davası kararın uygulanmasını etkilemeyecektir.

Reklam kurulu sağlık reklamlarıyla ilgili oldukça kapsamlı, yüksek para cezalı kararlar vermektedir.²²⁰ Bu durumda sağlık reklamlarıyla ilgili dağınık, birbiriyle çelişik, hekimler, sağlık kuruluşları, ilaçlarla ilgili düzenlemeleri Tüketicinin Korunması Kanunu ve Reklam Kurulu aracılığı ile tek ve etkili bir mekanizmaya bağlamanın uygun olacağını düşünüyoruz.²²¹

b) Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Yönetmeliği²²²

Yönetmeliğin 1. maddesine göre amaç, "... kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın ülke düzeyinde dengeli, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşlarının yapılandırılmaları, ruhsatlandırma işlemleri, faaliyetleri ve faaliyetlerine son verilmesi, denetimleri ve diğer hususlar ile ilgili usûl ve esasları düzenlemektir."

Yönetmeliğin 29. maddesinde bilgilendirme ve tanıtım düzenlenmektedir. Buna göre:

"Sağlık kuruluşları tarafından reklam yapılamaz.

Sağlık kuruluşları tarafından, tıbbi deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren, talep yaratmaya yönelik, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış veya yerleşik tıbbi metot haline gelmemiş uygulamalara dayalı tanıtım yapılamaz ve diğer sağlık kuruluşları aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunulamaz.

Tabelaları ile basılı ve elektronik ortam materyallerinde, ruhsatnamesinde kayıtlı sağlık kuruluşu ismi dışında başka bir isim kullanılamaz.

Sağlık kuruluşları, sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikte bilgilendirme yapabilir. Birinci fıkra hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla açılışı, hizmet alanları ve sunduğu hizmetler ile ilgili konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir. Ancak, bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.

Sağlık kuruluşları tarafından her türlü yayın mecralarında yer alan sağlık bilgileri, konusuna göre yetkili sağlık meslek mensupları tarafından verilmek zorundadır.

²²⁰ Reklam Kurulu'nun 54.913TL, 5.001TL ceza verdiği kararları için bkz. AYGÜN, s. 47-49, dn. 114, 117, 118.

²²¹ Bu konudaki eleştiriler için bkz. AYGÜN, s. 46-47.

²²² RG. 15.2.2008, 26788. Bu yönetmelik bu güne kadar 23.7.2008, 11.3.2009, 31.12.2009, 10.3.2010, 3.8.2010, 25.9.2010, 6.1.2011, 7.4.2011 tarihlerinde olmak üzere 8 kez değiştirilmiştir. Bu yönetmelik hakkında özellikle serbest çalışan hekimlerle ilgili düzenlemeler hakkında bkz. OKUR, Hekimin Serbest Çalışma Hakkı, c. 1, s. 301-318.

*Bu mecralar yoluyla yapılan bilgilendirme ve tanıtımlar, hastayı ilgili sağlık kuruluşuna doğrudan veya dolaylı biçimde yönlendirecek içerikte olamaz.*²²³

Yönetmeliğin 30. maddesi sağlık kuruluşlarının isimlerini düzenlemektedir:

"Sağlık kuruluşunun tabelalarında, basılı ve elektronik ortam materyallerinde aynı yazı karakterinde olmak şartıyla "özel" ibaresinden sonra ruhsatnamesinde belirtilen kuruluş ismi yazılır. "Özel" ibaresi, sağlık kuruluşunun isminde kullanılan yazı puntolarının 1/2' den küçük olamaz.

Sağlık kuruluşu isimlendirilmesinde; kişilerin yanlış algılaması ve karışıklığın önlenmesi amacıyla, hangi ilde olduğuna bakılmaksızın ülke genelindeki üniversite ve kamu sağlık kurum veya kuruluşlarının isimleri aynen veya çağrıştıracak şekilde kullanılamaz."

Eski Yönetmelik döneminde verilmiş bir Reklam Kurulu kararına göre, Adana Tıp Merkezi Özel Sağlık Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından 2.10.2005 tarihli Posta gazetesinde yayınlanan "Sağlıkta marka, Sağlıkta güvence" başlıklı reklamda yer alan ibarelerin talep yaratmaya yönelik olduğuna ve anılan sağlık kuruluşuna ticari bir görünüm verildiğine, ayrıca Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik uyarınca söz konusu reklam için İl Sağlık Müdürlüğünden izin de alınmadığına kanaat getirilmiş, bu durumun, 4077 sayılı Kanunun 16. maddesi hükmüne aykırı olduğuna ve reklam veren Adana Tıp Merkezi Özel Sağlık Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkında inceleme konusu reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.²²⁴

Reklam Kurulunun bir başka kararında da, Alara Özel Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.'nin "Ehliyet Alacaklar İçin Heyet Raporu Verilir", "Uzman Doktorlarımız Kontrolünde Check-Up Kampanyamız Başlamıştır" başlıklı afişlerde yer alan ifadelerin Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine aykırı bularak reklamı veren sağlık kuruluşuna 4077 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesine dayanarak 5.001,22,- YTL idari para ve durdurma cezası vermiştir.²²⁵

c) Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²²⁶

Yönetmeliğin 1. maddesine göre amaç "... fertlerin ve toplumun sağlığını korumak maksadıyla, mesleğini serbest olarak icra etmek yetkisine sahip olan diş hekimlerinin münferiden ve müştereken ağız ve diş sağlığı hizmeti verdikleri muayenehanelerin ve özel sağlık kuruluşlarının açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir."

²²³ 15.2.2008 tarihli Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin (RG. 9.5.2000, 23988) 57. maddesinde (a) bendinde "sağlık kuruluşunun bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez." biçiminde daha yumuşak bir reklam yasağı yer almaktaydı. Yeni Yönetmelikte bu yasak daha kapsamlı biçimde sağlık kuruluşları tarafından reklam yapılamaz şeklinde yer almıştır. (bkz. AYGÜN, s. 50).

²²⁴ 12.9.2006 t., 2006/184 sayılı karar (AYGÜN, s. 51-52, dn. 120).

²²⁵ 9.5.2006 t., 2006/42 sayılı karar (AYGÜN, s. 52, dn. 121).

²²⁶ RG. 14.10.1999, 23846.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Yönetmeliğin 32. maddesinde ise “Reklam, Tanıtım ve Bilgilendirme” konuları düzenlenmiştir. Buna göre: “Sağlık kuruluşları ve çalışanları her ne surette olursa olsun; kuruluşları, kuruluşlarının sundukları hizmet, uyguladıkları tanı ve tedavi yöntemleri ya da kullandıkları her türlü cihaz ve benzeri araçlar ile ilgili kitle iletişim araçları, elektronik ortam, görsel-işitsel araçlar, yazılı materyaller veya benzeri nitelikteki araçlar ile doğrudan ve dolaylı olarak tüketici konumundaki kitleye yönelik reklam ve tanıtım yapamazlar. Başkaca kişi, kurum ve kuruluşların benzer nitelikteki çalışmalarına aracı olamazlar. Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticarî bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar. Ancak, sadece özel sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte söz konusu sağlık kuruluşunun faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsî tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren yazılı veya görsel-işitsel eğitim materyalleri hazırlayabilirler. Söz konusu materyal üretilmeden önce meslek odasından materyalin içerdiği bilgilerin Yönetmelik ile getirilen kurallara uygunluğu açısından yazılı onay alınması ve üretilen materyalde bu onayın tarih ve sayısına yer vermek zorunludur. Bu tür eğitim materyalinde söz konusu sağlık kuruluşu ile ilgili olarak yalnızca kuruluşun ismine, adresine ve telefon numarasına yer verilebilir. Bu bilginin dışında materyalde materyali hazırlayan kişinin adı, unvanı da dahil olmak üzere, söz konusu materyali hazırlayan kuruluş bir başka sağlık kuruluşunun sundukları hizmet, uyguladıkları tanı veya tedavi yöntemleri ya da kullanılan cihaz veya benzeri malzemeler ile ilgili reklam, tanıtım ve bilgi verilemez” (m. 32).

Ankara 8. İdare Mahkemesinin bir kararında²²⁷, dava dosyasından Dentistanbul diş hastanesine ait, implant, peodonti, ortodonti, tanı ve teşhis yöntemleri, genel anestezi, diş tedavileri başlıklı broşürlerin hazırlandığı ve çeşitli yerlerde yayınlandığı anlaşılmaktadır dendidikten sonra ilgili Kanunlar ve Yönetmelikler açısından durumun incelendiği²²⁸, ancak dava konusu faaliyeti reklam sayan kararın hukuka uygun olduğu sonucuna varılmaktadır.²²⁹

²²⁷ 28.6.2005 tarihli, E:2005/3306, K:2005/913 sayılı karar (AYGÜN, s. 53, dn. 122).

²²⁸ Kararda ilgili Kanunlar olarak, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Türk Tabipler Birliği Kanunu, Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun, Yönetmelik olarak da Ticari Reklam Yönetmeliği sayılmıştır. Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin reklamı yasaklayan 32/1. maddesine dayanılmamıştır. (AYGÜN, s. 53, dn. 122).

²²⁹ AYGÜN karara değindikten sonra kararda reklamı yasaklayan 32/1. maddenin kullanılmamış oluşuna önem vermemekte, bu maddeye dayanılmış olsaydı dahi olaydaki tanıtımların reklam sayılamayacağım belirtmektedir. AYGÜN’e göre, Yönetmelik zaten Kanuna aykırıdır, zira dayanılan Kanunların hiçbirisi, sağlık kuruluşlarının hizmetlerini açıklayan ilanlarını yayınlamalarının reklam yasağı kapsamında olmadığını ileri sürmektedir (s. 53-54). Özel hastaneler Yönetmeliği 60. maddesinde sağlık kuruluşlarının aldatıcı olmamak koşuluyla hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapıp ilan verebileceğini belirtmektedir. Bu nedenle kararın gerekçesi tutarlı değildir. (AGÜN, s. 53-54).

d) Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik²³⁰

5510 sayılı Kanunla geniş uygulama alanı bulan ve Sosyal Güvenlik Kurumunca desteklenen yardımcı üreme teknikleri yoluyla çocuk sahibi olma (m. 63/e)²³¹ yolunun esasları önce Yasada düzenlenmiş daha sonra da 6.3.2010 tarihinde Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik²³² çıkarılarak konu ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

Yönetmeliğin amacı 1. maddesine göre: “... çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.”

Bu konuda ayrıntılı düzenlemeler getirmiş olan Yönetmelik 18/14. maddesinde reklam yasağı da getirmektedir. Bu hükme göre: “Bu Yönetmelikte belirlenen üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ve Yönetmelik dışı uygulamalar konusunda bilgilendirme amacıyla da olsa tüm basın ve iletişim araçları ile reklam yapılması yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında ilgili mevzuata göre işlem yapılır.”

Yönetmelik reklam yasağı konusunda çok kesin ve katı bir tavır almış, bilgilendirme amacıyla da olsa reklamı yasaklamıştır. Oysa toplumun en fazla bilgilenmeye ihtiyaç duyduğu bu alanda böyle bir tavır alınması bize biraz aşırı gelmektedir. 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 2008 yılına kadar sağlık yardımlarının kapsamına alınmayan, şimdi ise oldukça ağır koşullarla kapsama alınan, üremeye yardımcı tedavi teknikleri ve yararlanma koşulları konusunda ilgililer geniş açıklamalara ve bilgilenmeye muhtaçtır. Bu konudaki reklam yasağının tekrar gözden geçirilip yumuşatılmasında yarar vardır.

e) Ambulans ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği²³³

Yönetmeliğin amacı, ambulans hizmetleri ve ambulans servislerinin, kuruluş, işleyiş ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile ambulans ve acil sağlık araçlarının tıbbi ve teknik donanım özelliklerini düzenlemektir. Yönetmeliğin 2. maddesi kapsamı ele almaktadır: “Bu Yönetmelik; Milli Savunma Bakanlığı hariç bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri, iktisadilik esaslarına ve özel hukuk hükümlerine göre çalışan kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ambulans hizmetlerini, ambulansların ve acil sağlık araçlarının tıbbi ve teknik donanım özellikleri ile ambulans servislerinin kuruluş, işleyiş, personel, araç-gereç, ücret, denetim, devir ve uygunluk belgelerinin geri alınmasına dair usul ve esasları kapsar.”

Yönetmeliğin 33. maddesinde “Reklam, Tanıtım ve Bilgilendirme” esasları düzenlenmektedir. Buna göre: “Ambulans servisleri; tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve ruhsatında yazılı

²³⁰ RG. 6.3.2010, 27513.

²³¹ ayrıntı için bkz. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 748 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 440.

²³² Bu Yönetmelik 21. maddesi ile daha önce bu alanı düzenlemiş olan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğini yürürlükten kaldırmıştır.

²³³ RG. 7.12.2006, 26369. 8.7.2001 tarihli Ambulanslar ile Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği, yeni Yönetmeliğin 34. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

hizmetlerinden başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibasını uyandıran, diğer servisler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar.

Ambulans servisleri tarafından; sağlığı koruyucu, acil sağlık hizmetlerini tanıttıcı ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve açıklamalara yer verilemez.

Ambulans servisleri; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile ilgili açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir.

Ambulans servisleri tarafından oluşturulan internet sitelerinde; yer alan her türlü sağlık bilgisi, alanı ile ilgili bilgi ve tecrübeye sahip sağlık meslek mensupları tarafından verilmek zorundadır. Bu siteler aracılığıyla hiçbir şekilde tedavi edici sağlık hizmetine yönelik bilgiler verilemez. İnternet sayfalarında verilen bilginin, son güncelleme tarihi ile yazan kişi ve kariyeri açıkça belirtilir."

33. maddenin başlığında reklam kelimesi de yer almakla birlikte madde metninde sadece tanıtım ve bilgilendirmeden söz edilmekte, ilana da izin verilmektedir. Bilgilendirme konusunda da bilgiyi verenin adının ve kariyerinin açıkça yazılması istenmektedir. Oysa bazı Yönetmelikler yazanın isminin belirtilmesini kesinlikle yasaklamaktadır.²³⁴

f) Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği²³⁵

Bu Yönetmeliğin amacı, Kordon Kanı Bankası açılması, faaliyetleri ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir (m. 1).

Yönetmeliğin 24. maddesinde, tanıtım ve bilgilendirme düzenlenmektedir. Bu maddeye göre: "Kordon kanı bankacılığı hakkında herhangi bir yolla reklam yapmak yasaktır. Bankalar kordon kanı bankacılığı çalışmalarına ticarî bir görünüm veremeyecekleri gibi, bilimsel verilere dayanmayan, insanları yanıltıcı, paniğe sevkedici, yanlış yönlendirici davranışlarda bulunamazlar. Aksine davranışlar hakkında ilgili mevzuata göre işlem yapılır."

g) Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik²³⁶

Yönetmeliğe göre, kontrol laboratuvarları, gıda ile temas eden madde ve malzemelerin gıda güvenliği, hijyen ve kalite analizlerini yapmak üzere kurulacak gerçek veya tüzel kişilere ait özel laboratuvarlar ile bu hizmetlerin yanı sıra yem ve yem maddeleri, hayvan hastalıkları teşhis, tohumluk kontrol hizmetlerinin yürütüldüğü kamu laboratuvarlarını kapsamaktadır (m. 1).

Kontrol laboratuvarlarında düzenlenen analiz raporları reklam amacıyla kullanılamaz. Laboratuvar tarafından analiz raporlarının gizliliği esastır (m. 21). Bu raporların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 16. maddesine uygun olduğu takdirde

²³⁴ Örnek olarak bkz. Ve karşı. Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m. 32.

²³⁵ RG. 5.7.2005, 25866.

²³⁶ RG. 23.6.2005, 25854.

reklamlarda kullanılmasının mümkün olduğu da ileri sürülmektedir.²³⁷ Raporlar aldatıcı ve kamu sağlığını bozucu nitelikte olmadığı sürece, kamu oyunu aydınlatmak, bilgilendirmek amacıyla kullanılabilir.

h) Kaphıcalar Yönetmeliği²³⁸

Yönetmeliğe göre amaç, “toprak, yeraltı, deniz ve iklim kaynaklı doğal tedavi unsurlarının tedavi edici faktör olarak kullanıldığı kaphıcalar, içmece ve iklim kür merkezleri ile ilgili hususlar ve buralarda kurulacak sağlık amaçlı her türlü tesisin nitelik ve niceliklerinin belirlenmesi, kurulması, işletme izinlerinin verilmesi, denetlenmesi ve sağlık koşullarına uygun biçimde kontrol altına alınması için gerekli esasların belirlenmesi”dir.

Yönetmeliğin yasaklar ve müeyyidelerle ilgili 36. maddesine göre: “Tıbbi Değerlendirme Kurulunun öngördüğü tedavi unsurlarının dışında tedavi unsurları belirtilerek basın, yayın, broşür ve benzeri yollarla reklam ve herhangi bir şekilde aslına uygun olmayan tanıtım yapılması yasaktır. Bu yasaklara ve yönetmeliğin diğer hükümlerine aykırı hareket eden işletmeler ile sahipleri hakkında, fiilin maliyetine göre 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinde öngörülen müeyyideler tatbik olunur.”

ı) Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²³⁹

Hiperbarik oksijen tedavisi uygulanan sağlık kuruluşları, basınç odası kullanılarak yapılan hiperbarik oksijen tedavi yöntemi ile hastalıkları tedavi eden sağlık kuruluşlarıdır (m. 1). Hiperbarik oksijen tedavisi, basınç kabini içinde 1 atmosferden yüksek basınç altına alınan hastaya %100 oksijen solutarak uygulanan bilimsel ve modern tedavi yöntemidir (m. 4/e).

ii) Optisyenlik Müesseseleri Hakkında Yönetmelik²⁴⁰

Yönetmeliğin 1. maddesinde amaç, “fertlerin ve toplumun sağlığını korumak üzere; optisyen unvanının kullanılmasına, optisyenlik mesleğinin icra edilmesine, optisyenlik müesseselerinin açılışına, faaliyetlerine, sahip olmaları gereken şartlara, optisyenlik müessesesinin denetimine, tanıtım ve reklamlarına, tutulacak defterlere dair usul ve esasları düzenlemektir.”

Yönetmeliğin 24. maddesi tanıtım ve reklamı düzenlemektedir. Bu maddeye göre: “Optisyenlik müessesesi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici veya optisyenlik müesseseleri arasında haksız rekabete yol açacak şekilde yazılı basın, televizyon, radyo veya diğer yayın araçları yolu ile tanıtım ve reklam yapamazlar.”

²³⁷ AYGÜN, s. 62.

²³⁸ RG. 24.7.2001, 24472.

²³⁹ RG. 1.8.2001, 24480.

²⁴⁰ RG. 27.9.2004, 25596.

Yapılan reklamların nitelikleri serbest piyasa ve rekabet kurallarına yakışır ve uygun olmalıdır.

Optisyenlik mesleğini icra hak ve yetkisini haiz olanlar, kendilerini tanıtın ve müesseselerini belirten adreslerinin bulunduğu kartvizitler bastırabilirler. Müessese vitrininde sadece faaliyeti ile ilgili bilgiler ve anlaşma yapılan kurumların isimleri belirtilebilir.²⁴¹

j) Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik²⁴²

Bu Yönetmeliğin amacı; fertlerin ve toplumun sağlığını korumak maksadıyla, Ülkemizde akupunktur tedavisinin bilimsel yöntemlerle yapılması ve bu tedavinin uygulandığı özel sağlık kuruluşlarının açılmasına, çalışmasına ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (m. 1).

Yönetmeliğin 28. maddesi reklam, tanıtım ve bilgilendirmeyi düzenlemektedir. Buna göre: “Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar. Ancak, sadece sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte söz konusu sağlık kuruluşunun faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsi tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren eğitim materyali hazırlayabilirler.

Sağlık kuruluşları ve çalışanları, yukarıda açıklanan hususlara riayet etmek ve reklam, tanıtım, bilgilendirme niteliğindeki her türlü faaliyetleri için Müdürlükten izin almak zorundadır.”

27. maddede de “Sağlık kuruluşunun bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez” denmektedir. Bu hükme göre, sağlık kuruluşunun bünyesinde faaliyetler konusunda reklam yapılabilecek, fiyat da verilebilecektir sonucuna varılmaktadır. 28. maddede ise reklam için müdürlükten izin alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu müdürlük, Yönetmeliğin 4. maddesine göre, İl Sağlık Müdürlüğü’dür. İl Sağlık Müdürlüğü reklam konusunda izin verecek bir makam değildir. Ayrıca 27 ve 28. maddeler arasında da uyum yoktur. Konunun reklam açısından yeniden değerlendirilmesinde fayda vardır.²⁴³

k) İlyardım Yönetmeliği²⁴⁴

“Bu Yönetmeliğin amacı; fertlerin ve toplumun temel sağlık bilgisinin artırılması, ilkyardım bilgi ve becerisinin toplumun her bireyine öğretilmesi, her kamu, özel kurum ve kuruluşunda personel sayılarına göre ilkyardımcı bulundurulması, bu doğrultuda eğitimci eğitmeni, ilkyardım eğitmeni yetiştirecek ve ilkyardım eğitimi düzenleye-

²⁴¹ Bu konularda ayrıntı için bkz. AYGÜN, s. 59 vd.

²⁴² RG. 17.9.2002, 24879; AYGÜN, s. 56.

²⁴³ Karş. AYGÜN, s. 56-57.

²⁴⁴ RG. 22.5.2002, 24762.

cek kuruluş ve merkezlerin açılış, işleyiş ve denetimi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir” (m. 1).

Yönetmeliğin yedinci bölümü “Yasaklar, Reklam, Tanıtım ve Bilgilendirme”ye ayrılmıştır.

Yönetmeliğin 28. maddesinin i bendine göre: “Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkez bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez.”

Yönetmeliğin 28. maddesinin I bendine göre: “Bu Yönetmelik kapsamındaki Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkezler, tabela veya basılı evraklarında, başka bir ünvan veya mevcut ünvanlarının yabancı dildeki karşılıklarını kullanamazlar.”

Yönetmeliğin 30. maddesi reklam, tanıtım ve bilgilendirme’yi düzenlemektedir. Buna göre: “Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkezler; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici ve yanlış yönlendirici reklam, tanıtım ve bilgilendirmede bulunamazlar.

Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkezler tarafından, ilkyardım ve kazalardan korunma ve önlemeye yönelik bilgiler içeren materyaller hazırlanabilir. Bu materyaller Müdürlüğün onayından sonra kullanılabilir”

Burada da Akupunktur Yönetmeliğinde olduğu gibi reklam konusunda 28 ve 30. maddeler arasında uyum yoktur. 28. maddeye göre faaliyet alanına giren konularda reklam yapabilecek (m. 28/i), 30. maddeye göre de İl Sağlık Müdürlüğünün izni ile materyaller hazırlayıp dağıtabilecektir (m. 30/II).

1) Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²⁴⁵

Yürürlükten kalkan bu Yönetmelik hükümlerine göre kurulmuş olan güzellik veya estetik merkezlerinin durumu Ayakta Tedavi Yönetmeliğinin geçici 4. ve 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bu merkezler güzellik salonuna, muayenehaneye veya polikliniğe dönüşecektir. Bunun için 1.1.2010 tarihine kadar süre verilmiş ve bu süre dolmuştur.

Ayakta Tedavi Yönetmeliğinin geçici 5. maddesi de güzellik salonlarının statü değişikliğini vurgulamaktadır. Buna göre, yürürlükten kaldırılan 12.5.2003 tarihli Yönetmeliğe göre açılmış güzellik salonları, sağlık kuruluşu statüsünden çıkarılmıştır. Güzellik salonu olarak faaliyet gösterecek bu yerler artık İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı esaslarına göre Belediyelere başvurarak, oralardan izin alacaklardır.²⁴⁶

5. İlaç Sektörü Açısından Reklam Yasağı

Sağlık hizmetlerinde reklam yasağının üçüncü ayağını ilaçlara ilişkin reklam yasakları oluşturmaktadır. Eczacılarla ve ilaçlarla ilgili değişik yasa ve yönetmelikte reklam yasağına yer verilmiştir.

²⁴⁵ RG. 12.5.2003, 25106. Bu Yönetmelik, 15.2.2008 tarihli Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin (RG. 15.2.2008, 26788) 39. maddesinin (b) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kalkan düzenlemeler için bkz. AYGÜN, s. 58-59.

²⁴⁶ İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik, RG. 10.8.2005, 25902.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

a) İlaç, eczacı ve eczane reklamını yasaklayan düzenlemeler
aa) 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu:²⁴⁷

Bu Kanunun değişik 13. maddesine göre²⁴⁸: “Müstahzarları öğme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atıf veya mevcut şifai tesirleri büyütme suretiyle sabit veya müteharrik sinema filimleri, ışıklı veya ışiksiz ilan, radyo veya herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnurdur. Şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde “...hastalıklarında kullanılması faydalıdır” şeklindeki ilanlara müsaade olunabilir. Ancak reçetesiz satılmasına müsaade edilmeyen müstahzarların tıbbi mecmualardan başka yerlerde reklamları yapılamaz. Reklam nümunelerinin önceden Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince tasvip edilmeleri lazımdır.

Bir müstahzarın ilmi vasıfları hakkında hazırlanmış olan filimler Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin müsaadesiyle ve tayin edeceği yerlerde gösterilebilir.”

bb) 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu²⁴⁹

Kanununun 20. maddesinde Türk Eczacılar Birliği İdare Heyeti'nin vazifeleri sıralanmış, bunlar arasında son fıkrada “...eczaneler ve müstahzarlar hakkında meslek adabına ve bu husustaki kanun hükümlerine uymıyacak şekilde reklam, ilan ve propaganda yapmanın” önlenmesine de yer verilmiştir.

cc) Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü²⁵⁰

Deontoloji Tüzüğü'nün 9. maddesine göre: “Eczacı, yapacağı yayınlarda eczacılık mesleğinin şerefini üstün tutmak zorundadır.

Eczacı, yazı veya sözle veya her ne şekilde ve suretle olursa olsun kendi reklamını yapamaz; iş kağıtlarına ve faturalara reklam mahiyetinde ibareler koyamaz.

Eczacının müessesesine koyduğu tabelaya ancak, kendisinin adı ve soyadı ile eczane kelimesinden ve reklam mahiyetinde olmamak şartıyla buna eklenebilecek kelime veya ibareden kurulu eczanenin adı yazılabilir.”

Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Türk Eczacıları Birliği Kanununa göre işlem yapılır (m.18).

b) İlaç Reklamına İlişkin Sorunlar

aa) İlaç ve reklam

İlaç “Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.

Tabip reçetesiyle verilmesi meşrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsusuna tevfikân satılır.” (İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, m. 1).

²⁴⁷ RG. 26.5.1928, 898.

²⁴⁸ Madde, 4348 s. K.nun 1. maddesi ile değiştirilmiştir. RG. 8.1.1943, 5299.

²⁴⁹ RG. 2.2.1956, 9223.

²⁵⁰ RG. 27.7.1968, 12961. BKK tarihi 9.7.1968-6/10314.

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ise²⁵¹, 1. ve 4/b maddelerinde ilacı: “Hastalıklardan korunma, teşhis, tedavi veya vücudun herhangi bir fonksiyonunu değiştirmek üzere bu Yönetmeliğe göre yapılacak klinik araştırmalarda kullanılacak sentetik, bitkisel veya biyolojik kaynaklı etken madde, terkip ve/veya farmasötik müstahzarları” olarak tanımlanmaktadır. Bu son Yönetmelik 20. maddesinde “Tanıtım Yasağına” yer vererek, “araştırmayı yapan ve/veya destekleyenler, araştırma konusu ilaç hakkında reklama yönelik bir çalışma yapamazlar.” demektedir.

Bu tanımlardan hareketle ilacın unsurları:²⁵²

- Hastalıkları önleme ya da tedavi etme,
- Dâhilen veya haricen kullanılma,
- sentetik, bitkisel veya biyolojik kökenli madde veya madde bileşimi olma,
- Bakanlıkça izin alınmış olma olarak sıralanabilir.

İkinci Dünya Savaşından sonra ekonomiler hızla gelişirken, ilaç endüstrisi de bundan payını almış, ilaç sanayi bugün savaş sanayii ile yarışır hatta onu geçecek bir çizgiye ulaşmıştır.²⁵³

Hızla gelişen ilaç sanayi, rekabet nedeniyle, ilaç araştırmalarını artırarak hastalıklara çare bulma yanında, ürünlerini de geliştirme ve piyasada tanıtp tutundurma zorunluluğu içine de girmiştir.²⁵⁴ İlaç firmaları bu amaçla, hedef kitle üzerinde kabul doğuracak, reaksiyon veya arzı yaratacak yöntemler kullanmak zorundadır. Bu yöntemler arasında reklamın öncelikli ve önemli yeri vardır. Ancak burada da karşımıza ilaç reklam yasağı çıkmaktadır. Bu konuda reçeteye bağlı ilaçlarda belli bir standart tutulmuş durumdadır. Bu tür ilaçların tıbbi dergilerde tanıtımı yapılabilir.²⁵⁵ Ancak, reçetesiz satılan ilaçların tanıtımı konusunda mevzuat farklılıklar sergilemektedir.

1216 sayılı, 1928 tarihli İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 13. maddesine göre: “Müstahzarları öğme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atf veya mevcut şifai tesirleri büyütme suretiyle sabit veya müteharrik sinema filimleri, ışıklı veya ışısız ilan, radyo veya herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnurdur. Şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde “...hastalıklarında kullanılması faydalıdır” şeklindeki ilanlara müsaade olunabilir.” Buna karşılık aynı maddenin devamında “ancak reçete ile satılabilecek müstahzarların tıbbi mecmualardan başka yerlerde reklamı yapılamaz. Reklam nümunelerinin önceden Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince tasvip edilmeleri lazımdır.”

1216 sayılı Kanun gereğince çıkarılan 2011 tarihli Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik²⁵⁶ ise, “Beşeri tıbbi ürünlerin internet dâhil

²⁵¹ RG. 29.1.1993, 21480.

²⁵² AYGÜN, s. 75.

²⁵³ KÜÇÜKUSTA, Ahmet, Rasim, Bir İki Üç TIP, Hayykitap, İsyantul, 2011; KÜÇÜKUSTA, Ahmet, Rasim, Biri Bizi Hasta Ediyor, Hayykitap, 2. Bası, İstanbul, 2008; KÜÇÜKUSTA, Ahmet, Rasim, Adamın Biri Doktora Gitmiş... Gidiş O Gidiş!, Hayykitap, 2. Bası, İstanbul, 2009.

²⁵⁴ AYGÜN, s. 75-76.

²⁵⁵ AYGÜN, s. 76.

²⁵⁶ RG.26.8.2011, 28037; daha önce aynı konuda yürürlükte olan ve bazı hükümlerinin yürürlüğü Danıştay tarafından durdurulmuş olan 23.10.2003 tarihli Yönetmelik (RG. 23.10.2003, 25268), 2011 tarihli YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

halka açık yayın yapılan her türlü medya ve iletişim ortamında program, film, dizi film, haber ve benzeri yollarla doğrudan veya dolaylı olarak topluma tanıtımını” yasaklamaktadır (m. 5/3).

2011 tarihli Yönetmelik, “toplum sağlığı açısından önem arz eden aşılama kampanyaları ve salgın hastalıklarla mücadele gibi durumlarda veya sağlığın teşviki amacıyla Bakanlıkça gerçekleştirilen kampanyalarda kullanılacak ürünler hakkında, Bakanlık izin alınarak ve Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde toplum bilgilendirilmesine” izin vermektedir (m. 6/I).

Ayrıca, “Ülkemizde düzenlenen uluslararası kongrelerde yapılacak tanıtımlar hariç olmak üzere, ilgili mevzuata göre ruhsatlandırılmamış ya da izin verilmemiş beşerî tıbbi ürünlerin sağlık meslek mensuplarına tanıtımı” yapılamayacaktır (m. 6/II).

2011 tarihli Yönetmelik bilimsel ve eğitsel faaliyetler konusunda da “Beşerî tıbbi ürün tanıtımı ile ilgili bilimsel ve eğitsel faaliyetler, var olan tıbbi bilgileri aktarmak ve/veya yeni bilgileri sunmak amacı dışında kullanılamaz. Ruhsat/izin sahipleri, bu faaliyetlere katılan katılımcıların ulaşım ve konaklama masraflarını karşılamazlar.” hükmüne yer vermiştir (m. 7/I).²⁵⁷

bb) Gıda ve ilaç

Gıdalar insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri açısından temel ihtiyaç maddeleridir. Gıdalar insan sağlığı ile de doğrudan ilgilidir. Ancak, bu özellik gıdaların ilaç gibi tanıtılmasına ve tedavi edici özellikleri varmış gibi sunulmalarına da yol açmamalıdır.²⁵⁸

Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun²⁵⁹, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’nun²⁶⁰, 47/a maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemede eski Kanunun 21. maddesindeki aldatıcı gıda reklamlarını önlemeye yönelik 21. maddeye benzer bir hüküm yoktur.

Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Yönetmelik ise²⁶¹, 15/d,e maddesinde gıdaların ilaç gibi tanıtılıp, reklamlarının yapılmasını yasaklamaktadır. Bu hükme göre:²⁶² “Özel beslenme amaçlı gıdalar dahil herhangi bir gıda maddesinin hastalıkları önleme, iyileştirme ve tedavi özellikleri olduğunu bildirmek veya bu özellikleri ima etmek yasaktır.

Yukarıdaki belirtilen yasaklama ve sınırlamalar; gıda maddesinin şekil, görünüm ve paketlenmiş olarak sunumuna, kullanılan paketlenme materyali ve düzenlemeleme, vitrinde yerleşimine ve reklamlarına da uygulanacaktır.”

Yönetmeliğin 15. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Eski Yönetmelik konusunda bkz. AYGÜN, s. 77 vd.

²⁵⁷ Beşerî Tıbbi Ürünlerin Tanıtımı konusuna ileride ayrıca yer vereceğiz; bkz. s. 72 vd.

²⁵⁸ AYGÜN, s. 78.

²⁵⁹ RG. 5.6.2004, 25483. Bu Kanunla ilgili açıklama ve değerlendirmelerle ilgili olarak bkz. AYGÜN, s. 78 vd.

²⁶⁰ 11.6.2010 tarihli 5996 sayılı Kanun, RG. 13.6.2010, 27610.

²⁶¹ RG. 9.6.1998, 23367.

²⁶² AYGÜN, s. 79.

Türk Gıda Kodeksi Gıda Tebliği de²⁶³ Gıda Yönetmeliği'ne uygun olarak gıda maddelerinin etiketleme ve reklamı konusunda “*Özel beslenme amaçlı gıdalar dahil herhangi bir gıda maddesinin etiketinde, o gıda maddesinin hastalıkları önleme, iyileştirme ve tedavi etme özelliği olduğunu bildiren veya ima eden ifadeler yer alamaz.*” demekte ve bu düzenlemenin gıda maddesinin reklamı için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır (m. 5/f).

Reklam Kurulu kararlarında da gıdaların ilaç gibi tanıtılmasına yönelik ilan ve tanıtımlar yasaya aykırı bulunmuş ve cezalandırılmıştır.²⁶⁴

Ankara İdare Mahkemesi de, bir gazetede yer alan “*süper besin-süper macun*” reklamını 4077 sayılı Kanununun 16 ve 25/3 maddelerine aykırı bularak cezalandırmıştır.²⁶⁵

cc) Kozmetik ve ilaç

Kozmetik konusu 5324 sayılı Kozmetik Kanunu²⁶⁶ ile düzenlenmiştir. Kanunun amacı 1. maddesinde “*kozmetik ürünlerin topluma güvenli, etkili ve kaliteli şekilde ulaşmasını temin etmek üzere ürünlerin piyasaya arz edilmesinden önce bildirimde bulunulması, piyasa gözetim ve denetiminin yapılması ile bu ürünlerin üretim yerlerinin denetimi konularındaki esasları belirlemek*” olarak saptanmıştır. 2. maddede ise, “*insan vücudunun epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlar gibi değişik dış kısımlarına, dişlere ve ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek ve/veya vücut kokularını düzeltmek ve/veya korumak veya iyi bir durumda tutmak olan bütün preparatları veya maddeler*”dir. Kozmetik ürününün piyasaya ilk kez arzedilmesinden önce Sağlık Bakanlığına bildirimde bulunulması zorunludur. Bildirimden sonra üründe veya üreticide meydana gelen değişikliklerin de bildirilmesi zorunludur (m. 3/İ). Kozmetik Yönetmeliği²⁶⁷ de benzer bir tanım içermektedir.

Kozmetiklerin tedavi etmek veya iyileştirmek gibi bir özellikleri yoktur. Bunlar daha çok görüntüye ağırlık vermekte, kişileri daha cazip, daha canlı, daha dinç, daha güzel göstermeyi amaçlamaktadır. Kozmetik ürünler toplumda ilaç etkisi varmış gibi tanıtılamaz. Aksi halde aldatıcı reklam kapsamında mütalaa edilerek 4077 sayılı Kanununun 16. maddesi ve Reklam Yönetmeliği'nin 7/c,1. maddesine aykırılık dolayısıyla, üreticiler cezalandırılabilirler. Yönetmeliğin 7/c,1. maddesine göre reklamlar, malın yapısını, birleşimini, amaca uygunluğunu, kullanım alanlarını ve imkanlarını, verim ve performansını, miktarını, çevreye etkisini ve diğer özelliklerini eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratarak, tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı yanıltıcı ifade ve görüntüler içermeyeceğini

²⁶³ RG. 25.8.2002, 24857.

²⁶⁴ Reklam Kurulunun 10.10.2006 t., 2006/358 K; 10.10.2006 t. 2006/357 K; 12.9.2006 t., 2006/168 K; 18.8.2006 t., 2006/160 sayılı kararları için bkz. AYGÜN, s. 80-81, dn. 164.

²⁶⁵ Ankara İdare Mahkemesinin 8.10.2003 tarih, E 2003/1606, K: 2003/1204 sayılı kararı (AYGÜN, s. 80-81, dn. 164.).

²⁶⁶ RG. 24.3.2005 tarihli 5324 sayılı Kozmetik Kanunu, RG. 30.3.2005, 25771.

²⁶⁷ RG. 23.2.2005, 25823.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

belirtmektedir. Reklam Kurulu'nun bazı kararlarında bu aldatıcılık unsuru vurgulanmaktadır.²⁶⁸ Aldatıcılık unsuru bazı İdare Mahkemesi kararlarında da kullanılmıştır.²⁶⁹

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 11. maddesinde "Belirli Ürünlerin Ticari İletişimi" başlığı altında:

- "Alkol ve tütün ürünleri için hiçbir şekilde ticarî iletişime izin verilemez.
- Reçeteye tabi ilaçlar ve tedaviler hakkında ticarî iletişim yapılamaz.
- Reçeteye tabi olmayan ilaçlar ve tedavilerin reklamları dürüstlük ilkesi çerçevesinde, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak şekilde hazırlanır.

- ilaçlar ve tıbbi tedaviler için tele-alışverişe izin verilemez." hükmü getirilmiştir.

V. İLAÇ VE TANITIM

Sağlık hizmetlerine ilişkin reklam yasağını buraya kadar hekimler, sağlık kuruluşları ve ilaç sektörü açısından ayrı ayrı ele aldık, özellikle de her grup için mevzuatta yer alan reklam yasağına ilişkin hükümleri ayrı ayrı dökmeye çalıştık.

Burada göz ardı edilmemesi gereken bir gerçek de, savaş sanayi ile yarışacak kadar gelişmiş ve özel sektörün ağır bastığı ilaç sektöründeki bu reklam yasağının ölçüsü ne olacaktır, yasağın sınırı nereye kadar uzanacaktır? Sağlığın kazanılmasında önemli bir yeri olan üçlünün; hekim, sağlık kuruluşu ve ilaç, reklam/tanıtım dışı bırakılması ne kadar sağlıklıdır. Hele liberal ekonominin neredeyse tüm dünyayı kuşattığı bu dönemde, özel sektörün ağır bastığı ilaç sanayii reklamdaki ne kadar uzak kalabilecektir.

Tanıtım konusu "Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik" ile 2011 yılında yeniden düzenlenmiştir.²⁷⁰ Yönetmelikte kullanılan "Beşeri Tıbbi Ürün" terimi, ilaçları da kapsamaktadır.²⁷¹ Tanıtım ise kuşkusuz reklamları da içermektedir.²⁷²

Tanıtım konusunda bu temel kaynağı inceledikten sonra, değerlendirme ve sonuç bölümü ile çalışmayı sonlandıracağız.

1. Yönetmeliğin Amacı

Yönetmeliğin amacı, "beşeri tıbbi ürünlerin rasyonel kullanımını temin etmeye yönelik olarak bu ürünlerin tanıtımında uyulması gerekli kuralları belirlemektir." (m. 1).

2. Beşeri Tıbbi Ürünün Tanımı

Yönetmeliğin 4/b maddesi Beşeri Tıbbi Ürün'ü tanımlamaktadır:

²⁶⁸ 10.10.2006 t., 2006/174 K; 10.10.2006 t. 2006/324 K; 12.9.2006 t., 2006/34-A sayılı kararları için bkz. AYGÜN, s. 83, dn. 169-170.

²⁶⁹ Ankara 10. İdare Mahkemesinin, 4.5.2005 tarihli, E: 2005/2763, K: 2005/659 sayılı kararı (AYGÜN, s. 83-84, dn. 171).

²⁷⁰ RG. 26.8.2011, 28037; Bu yönetmeliğin 15. Maddesi ile daha önce bu konuyu düzenleyen 23.10.2003 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Eski Yönetmelik ile ilgili değerlendirmeler için bkz. AYGÜN, s. 89.

²⁷¹ AYGÜN, s. 85, dn. 175.

²⁷² AYGÜN, s. 89-103.

“Beşerî tıbbi ürün/ürün: Biyolojik ürünler, enteral beslenme ürünleri, tıbbi maddeler, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ve immünolojik ürünler dâhil olmak üzere; hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunu” anlatmaktadır.

Tanıtım ise aynı maddenin (g) bendinde açıklanmaktadır: “Tanıtım: Bu Yönetmelik kapsamındaki beşerî tıbbi ürünlerin tıbbi-bilimsel özellikleri hakkında sağlık meslek mensuplarına gerçekleştirilecek bütün bilgi verme faaliyetlerini, bu çerçevede ürün tanıtım elemanlarının aktivitelerini, tıbbi ve mesleki kitap ve dergilere verilecek ilanları, doğrudan postalama, basın veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılacak duyuruları, bilimsel/egitsel aktiviteler, toplantılar ve benzeri etkinlikler ile yapılacak faaliyetleri,”

“Tanıtım malzemeleri: Ürün hakkında yeterli ve gerekli bilgiyi ihtiva eden kitap, kitapçık, broşür gibi basılı materyaller ile film, slayt, elektronik medya gibi görsel/işitsel malzemeleri, ilgili çevrelerde bilgi/veri/başvuru kaynağı olarak kullanılabilir her türlü yayın ve malzemeleri, bedelsiz numuneleri, hasta eğitimine yönelik programlar ve materyaller ile kalem, kalemlik, bloknot, takvim gibi parasal değeri mütevazı sınırları aşmayan hatırlatıcı ziyaret malzemelerini” kapsar (m. 4/ğ).

“Ürün tanıtım elemanı: Hekim, diş hekimi ve eczacıya doğrudan ziyaret yoluyla ürünün tanıtımını yapan kişidir” (m. 4/h).

3. Serbest Tanıtımlar

Beşerî tıbbi ürünlerin hekim, diş hekimi, eczacıya tanıtımı serbesttir. Ürünlerin uygulanması ve yan etkileri gibi konularda diğer sağlık meslek mensupları da bilgilendirilebilir (m. 5/1).

Tanıtım, dağıtılan/satılan yayınlarla, bilimsel içerikli, tıbbi mesleki dergilerle, bilimsel toplantılarla veya hekim, diş hekimi, eczacı ürün tanıtım elemanlarınca ziyaret edilerek gerçekleştirilir (m. 5/2, a,b,c).

4. Yasak Tanıtımlar

Beşerî tıbbi ürünlerin internet dâhil halka açık yayın yapılan her türlü medya ve iletişim ortamında program, film, dizi film, haber ve benzeri yollarla doğrudan veya dolaylı olarak topluma tanıtımı yapılamaz. Bakanlığın izni ile yapılan ve sağlık meslek mensuplarına ürünün pazara arz edildiğini duyuran gazete/dergi ile duyurulabilir (m. 5/3).

Sağlık meslek mensupları, Bakanlığın izni alınmadıkça bu ürünlerin tanıtımında oyuncu olarak rol alamazlar. Aynı kural dernek veya vakıf gibi tüzel kişiler için de geçerlidir. Onlar da ancak Bakanlığın izni ile ürün tanıtım faaliyetlerine katılabilirler (m. 5/4).

5. Tanıtımın Temel İlke ve Esasları

Toplum sağlığı açısından önem arz eden aşı, salgın hastalıklarla mücadele, sağlığın teşviki gibi Bakanlıkça gerçekleştirilen kampanyalarda kullanılacak ürünler Bakanlıkça

ğın izni ve bilgisi ve belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde kullanılabilir, tanıtılabilir (m. 6/1).

Ülkemizde düzenlenen uluslararası kongrelerdeki tanıtımlar hariç, ilgili mevzuata göre ruhsatlandırılmamış, izine bağlanmamış beşerî tıbbi ürünlerin sağlık tanıtımı yapılamaz (m. 6/2).

Tıp dergilerinden veya diğer bilimsel çalışmalardan yapılacak alıntılar, tablolar ve diğer görsel materyaller kullanılarak hazırlanan bir dokümantasyonla, aslına sadık kalınarak ve kaynaklar belirtilerek hazırlanan materyallerle tanıtım yapılabilir (m. 6/5).

Tanıtım, tıbbi ürün kullanımını gereksiz teşvik edecek, riskli durumlara neden olacak yanıltıcı, abartılı bilgiler kullanılarak, ürünle ilgisi olmayan görüntüler kullanılarak yapılamaz (m. 6/6).

Tanıtım, çekiliş, şans oyunları kullanılarak yapılamaz (m. 6/7).

Tanıtım karşılığı, herhangi bir nakdi veya maddi menfaat sağlanamaz (m. 6/8).

6. Bilimsel ve Eğitsel Faaliyetlerle Tanıtım

Beşerî tıbbi ürün tanıtımındaki bilimsel ve eğitsel faaliyetler, var olan tıbbi bilgileri aktarmak ve/veya yeni bilgiler sunmak şeklinde olabilir. Ruhsat/izin sahipleri, katılımcıların ulaşım ve konaklama masraflarını karşılayamazlar (m. 7/1).

Her defasında başka bir ülkede düzenlenen uluslararası toplantılar hariç olmak üzere; deniz kenarlarındaki tatil beldelerinde ve kayak merkezlerinde aktif sezon döneminde ruhsat/izin sahipleri tarafından toplantı düzenlenemez ve desteklenemez. Aktif sezon dönemleri Bakanlık internet sayfasından duyurulur (m. 7/6).

7. Bedelsiz Numune Dağıtılarak Tanıtım

Bedelsiz numuneler sadece hekim, diş hekimi ve eczacıya dağıtılabilir.

Dağıtım için aşağıdaki koşullar aranır (m. 9):

- Numuneler, azaltılmış miktarlar içermelidir.
- Numunelerin dış ambalajlarında, mümkünse iç ambalajlarında da "Tanıtım numunesidir, satılamaz" ifadeleri, en az bir yüzeyde açıkça yer almalıdır.
- Psikotrop ve narkotik maddeleri içeren ürünlerin numuneleri dağıtılamaz.
- Tanıtım numunelerinin ambalajlarında zorunlu olmadıkça barkod/karekod yer almaz.
- Yıllık numune dağıtım miktarı, ilgili ürünün bir önceki yıla ait satış miktarının % 5'ini geçemez.
- Tanıtım numuneleri klinik araştırmalarda, araştırma ürünü olarak kullanılamaz.

8. Ürün Tanıtım Uygulaması (m. 10)

- Ürün tanıtımı ürünler hakkında tam ve yeterli, gerekli bilimsel veri ve bilgilerle donatılmış ürün tanıtım elemanlarınca gerçekleştirilmelidir (m. 10/1,a).
- Ürün dağıtımı Bakanlıkça sertifikalandırılmış, hizmetin hukuki ve etik çerçevesini bilen elemanlarca yapılmalıdır.
- Ürünle ilgili tanıtım malzemeleri hekim, diş hekimi ve eczacı dışındaki kişilere verilemez.

- Acil servislerde, hasta kabul saatleri içinde polikliniklerde ürün tanıtımı yapılamaz.

- Tanıtıma gelen ürün tanıtım elemanlarından, tanıtım karşılığı hiçbir maddi karşılık istenemez.

- Kamu sağlık kuruluşlarına, ürün tanıtımı olarak algılanabilecek afiş veya benzeri tanıtım materyalleri konulamaz, asılamaz ve/veya yapıştirilamaz. Ancak aşılama kampanyaları, salgın hastalıklar, sigara ve obeziteyle mücadele gibi sağlığın teşviki amacıyla Bakanlığın gerçekleştirdiği kampanyalarda kullanılacak afiş ve benzeri tanıtım materyalleri bu hükmün dışındadır.

VII. REKLAM YASAĞINA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

1. Danıştay 10. Daire, 13.12.2005 tarihli, E: 2003/5945, K: 2005/7622²⁷³

ÖZET : Reçetesiz satışı yapılmayan ilaçların tıbbi dergiler haricinde reklamına izin verilmemiştir. Reçetesiz satılabilen ilaçlar açısından ise, ilan verilmek suretiyle tanıtımına; tarifname ve gazetelerle sınırlı olmak kaydıyla belirli şekil şartlarına bağlı olarak olanak sağlanmıştır.

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 13 üncü maddesinin incelenmesinden; yasa koyucunun beşeri tıbbi ürünü herhangi bir tüketim malından ayırık tuttuğu, ilacın ulaşacağı kitleyi genel anlamda sağlık meslek mensupları ile (dış hekimi, hekim, eczacı) sınırlı tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Meslek grubuna yönelik tanıtım da, tıbbi açıdan bilgilendirme amacına hizmet ettiği açıktır. Nitekim, anılan Yasa maddesinin gerekçesinde de ilaçların ilmi vasıfları konusunda tanıtımına izin verildiği, reçetesiz satılabilen kozmetik ürünlerinin reklamına olanak sağlandığı, bunun da belirli ilke ve kurallara bağlandığı belirtilmektedir.

Oysa, dava konusu Yönetmeliğin bazı maddeleri ile; beşeri tıbbi ürünlerin tıbbi tanıtımı yalnız hekim ve eczacılarla sınırlı tutulmamakta; topluma ve çocuklara tanıtımına da olanak sağlanmakta, bu yapılırken topluma tanıtım belirli kurallara bağlanmakta olup, bu düzenleme genel olarak ilgili meslek grupları dışında, toplum önünde tanıtımı yasaklayan Yasadaki düzenlemeyle çelişmektedir.

Ayrıca, 3984 sayılı Yasada reklamın kamuya yönelik duyuruları yani ilanı ifade etmesi, aynı Yasa'nın 22 nci maddesinde de reçete ile satışına izin verilenler dışındaki ilaç ve tedavilerin reklamlarının yani ilanların gerçeği yansıtacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacak şekilde yapılacağı kuralına yer verilmiştir.

İstemin Özeti : 23.10.2003 tarih ve 25628 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'in; 1262 sayılı Yasanın ilacın topluma yönelik tanıtım ve reklamına izin vermediği, 1990 yılında yürürlüğe giren eski Yönetmelikte de Yasaya uygun olarak ilacın tanıtımına izin verilmediği halde 1.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmeliğin Yasada bir değişiklik olmamasına karşın reçetesiz olarak satılan ilaçların topluma yönelik tanıtıma imkan getirerek Yasaya aykırı bir düzenlemeye yer verdiği, ilacın herhangi bir ürün olmadığı, herkeste aynı etkiyi göstermeyeceği, insan sağlığı açısından ciddi tehlikeler içerebileceği, ilacın doğru kişi tarafından yazılması, doğru kişi tarafından verilmesi ve bilinç-

²⁷³ www.kazanci.com.

li olarak kullanılması gerektiği, reçetesiz ilaçta reklama izin verilmesinin sağlık alanında uzman kişilerin ilaç üzerindeki kontrolü azaltacağı gibi, tedavinin etkinliğinin denetlenmemesine yol açacağı, getirilen düzenleme ile hem toplum sağlığının olumsuz olarak etkileneceği, hem de reklamın getireceği maliyetin ilaç fiyatlarına yansıtacağı, dolayısıyla ilaç fiyatlarının artacağı, tüketimi teşvik edici nitelikte yapılacak reklam sonucu gereksiz ve hatalı ilaç kullanımının artacağı, iptali istenen Yönetmeliğin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna ve Reklam Kurulu Yönetmeliğe aykırı olduğu, ülkemizde okur - yazar oranının düşük olması nedeniyle ilaç reklamının telafi edilemez sonuçlar doğurabileceği, idarece yapılması gerekenin hekime ve eczacıya yönelik tanıtımı düzenlemek olduğu, tüketimi artırmak amacıyla yapılacak reklam sonucu gereksiz ve hatalı ilaç kullanımının artacağı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Sağlık Bakanlığının Savunmasının Özeti : 1262 sayılı İspançiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 13 üncü maddesinde reçetesiz olarak satılabilen müstahzarların tanıtımının yapılamayacağı yönünde mutlak bir yasağın bulunmadığı, bu hükümlerle; reçetesiz satılan ürünlerin "reklam veya tanıtımlarının yapılmaması" değil, reçetesiz satılan ürünlere ait reklamlarda "abartılı, yanıltıcı, yanlış" reklam yapılmasının yasaklandığı, bunun dışında reçeteli olarak satılan ürünlerin ancak tıbbi mecmualarda reklamlarının yapılmasına izin verildiği, dava konusu Yönetmeliğin bu çerçevede Kanunun 13 üncü maddesine aykırılık teşkil etmediği, reçetesiz olarak satılabilen ürünlerin basit rahatsızların giderilmesi amacıyla tabip reçetesine gerek bulunmaksızın kısa süreli kullanılmak üzere satın alınabileceği, bu ilaçların kabul edilmiş olan endeksiyonlar için güvenli kullanıma sahip olan ürünler olduğu, bu ürünleri kullananların ve kullanma ihtimali olanların hali hazırda da zaten doğrudan bir tabip reçetesine bağlı olmaksızın eczaneden temin ettikleri dikkate alındığında dava konusu Yönetmelik ile tanıtımlarına izin verilmesi amacının halkın bu ürünler hakkında kulaktan dolma bir şekilde bilgilennemelerinin ve kullanmalarının önüne geçilmesi ve yeterli ve doğru bilgiye ulaşmalarını temin etmek olduğu, düzenlemede kamu yararı bulunduğu, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde de reçetesiz olarak satılan ürünlerin topluma tanıtımının gerçekleştirildiği dikkate alındığında, halkın sağlığının tanıtımlarda olumsuz etkileneceği yönündeki iddiaların asılsız olduğunun anlaşılacağı, 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 22 nci maddesindeki düzenlemelere paralel olarak reçeteli olarak satılmasına izin verilen tıbbi müstahzarlar ile reçetesiz olarak satılan müstahzarlar arasında ayırım yapıldığı, reçetesiz olarak satılan müstahzarların 3984 sayılı Yasanın 22 nci maddesindeki kayıt ve şartlarla basın yoluyla ve radyo ve televizyonlarda tıbbi tanıtımının yapılmasına olanak verildiği, dava konusu Yönetmelik ile Yasanın cevaz verdiği ilaç reklamı hususunun disipline etmenin amaçlandığı, 3984 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanunun da reçetesiz olarak satılan beşeri tıbbi ürünlerin toplama tanıtımına ve reklamına izin verilmediği, Avrupa Birliğinin Direktifine uyumlu olacak şekilde hazırlanan dava konusu Yönetmeliğin hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun bulunduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Reklamcılar Derneğinin (Müdahilin) Savunmasının Özeti : Dava konusu Yönetmeliğin Avrupa Birliği'nin beşeri tıbbi ürünler ile ilgili mevzuata uyum sağlanması amacıyla 2001/83/EC sayılı Direktife paralel olarak hazırladığı, Dünya Sağlık Örgü-

tü'nün (WHO) kabul ettiği "self medication" insanın kendini tedavi hakkında gözetilerek bir denge kurduğu, ilaçların gazetelerde "... hastalıklarda kullanılması faydalıdır." ve benzeri mesajlarla ilanının, tasarım ve metninin Sağlık Bakanlığı'na onaylatılması şartıyla, televizyonlarda ve radyolarda dürüst ve ferdin zararından korunması gereklerine uygun olarak reklamının yapılabileceği ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Özden Atabek Düşüncesi : Dava konusu Yönetmeliğin; 4 üncü maddesinin "d" ve "e" fıkrasının, 5'inci, 6 ncı, 7 nci maddesinin, 8 inci, 14 üncü ve 15 inci maddelerinin 1262 sayılı Yasanın 13. maddesine aykırılığı nedeniyle iptaline, diğer maddelere yönelik davanın ise reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Metin Çatinkaya Düşüncesi: 23.10.2003 gün ve 25628 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik" in iptali istenilmektedir.

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 13 ncü maddesinde; reçetesiz satışı yapılmayan ilaçların tıbbi dergiler haricinde reklamın yapılmasına izin verilmemekte olup, reçetesiz satılabilen ilaçlar açısından ise ilan verilmek suretiyle tanıtımına, tarifname ve gazetelerle sınırlı olmak kaydıyla belli şekil şartlarına bağlı olarak olanak sağlanmıştır.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde; gerek Yönetmeliğin 4/d maddesindeki "görsel işitsel basına" ibaresinde, gerek 5/a maddesindeki "reçetesiz satılan beşeri tıbbi ürünlerin topluma tanıtımına" dair kuralda, 7 nci maddesinin 1 ve 6 ncı fıkrasında ve son olarak da 8 nci maddesinde yukarıda anılan yasa maddesine uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle sözkonusu yönetmeliğin 4/d, 5/a, 7/1-6 ve 8 nci maddelerinin iptaline diğer maddelere yönelik iptal isteminin ise reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 13.12.2005 tarihinde davacı vekili Av. Hüseyin Ögüçlü'nün, müdahil Türk Tabipleri Birliği vekili Av. Ziyet Özçelik'in, davalı Sağlık Bakanlığı'nı temsil eden Hukuk Müşaviri Rüya Günaydın'ın geldikleri, Müdahil Reklamcılar Derneği'nin gelmediği, Danıştay Savcısının hazır olduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Gelen taraflara ve müdahile usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra, taraflara ve müdahile son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

KARAR : Dava; 23.10.2003 tarih ve 25628 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik" in iptali istemiyle açılmıştır.

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 13 üncü maddesinde; "Müstahzarları övme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atıf veya mevcut şifa tesirleri büyütme suretiyle sabit veya müteharrik sinema filimleri, ışıklı veya ışsız ilan, radyo ve herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnurdur. Şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde "... hastalıklarında kullanılması faydalıdır" şeklin-

deki ilanlara müsaade olunabilir. Ancak reçetesiz satılmasına müsaade edilmeyen müstahzarların tıbbi mecmualardan başka yerlerde reklamları yapılamaz. Reklam numunelerinin önceden Sıhhat ve İçtimai Müavemet Vekaletince tasvip edilmeleri lazımdır.

Bir müstahzarın ilmi vasıfları hakkında hazırlanmış olan filimler “Sıhhat ve İçtimai Muavemet Vekaletinin müsaadesiyle ve tayin edeceği yerlerde gösterilebilir.” hükmü yer almıştır.

Bu düzenleme ile reçetesiz satışı yapılmayan ilaçların tıbbi dergiler haricinde reklamına izin verilmemiştir. Reçetesiz satılabilen ilaçlar açısından ise, ilan verilmek suretiyle tanıtımına; tarifname ve gazetelerle sınırlı olmak kaydıyla belirli şekil şartlarına bağlı olarak olanak sağlanmıştır.

Yukarıdaki Yasa kuralının incelenmesinden; yasa koyucunun beşeri tıbbi ürünü herhangi bir tüketim malından ayırık tuttuğu, ilacın ulaşacağı kitleyi genel anlamda sağlık meslek mensupları ile (diş hekimi, hekim, eczacı) sınırlı tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Meslek grubuna yönelik tanıtım da, tıbbi açıdan bilgilendirme amacına hizmet ettiği açıktır. Nitekim, anılan Yasa maddesinin gerekçesinde de ilaçların ilmi vasıfları konusunda tanıtımına izin verildiği, reçetesiz satılabilen kozmetik ürünlerinin reklamına olanak sağlandığı, bunun da belirli ilke ve kurallara bağlandığı belirtilmektedir.

Oysa, dava konusu Yönetmeliğin bazı maddeleri ile; beşeri tıbbi ürünlerin tıbbi tanıtımı yalnız hekim ve eczacılarla sınırlı tutulmamakta; topluma ve çocuklara tanıtımına da olanak sağlanmakta, bu yapılırken topluma tanıtım belirli kurallara bağlanmakta olup, bu düzenleme genel olarak ilgili meslek grupları dışında, toplum önünde tanıtımı yasaklayan Yasadaki düzenlemeyle çelişmektedir.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin, özellikle beşeri tıbbi ürünlerin topluma tanıtımını düzenleyen maddelerinin, yukarıdaki Yasa hükmüne uygun olup olmadığına irdelenmesi gerekmektedir.

Beşeri tıbbi ürünlerin tanıtım faaliyetlerini ve bu faaliyetleri gerçekleştirecek, ruhsat ve izin sahiplerini kapsayan dava konusu Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinin “d” fıkrasında; “Tanıtım: Beşeri tıbbi ürünün ruhsat ya da izin sahipleri tarafından ürünün teminini, satışını, reçetelenmesini ve kullanımını artırmak için gerçekleştirilen bütün hatırlatma, bilgi verme faaliyetlerini; bu çerçevede firma tıbbi satış temsilcilerinin etkinliklerini, görsel/işitsel basına, tıbbi ve mesleki dergilere verilen ilanları, doğrudan postalama yoluyla veya internet ortamında yapılan duyuruları, film, slayt, elektronik medya gibi görsel/işitsel malzemenin kullanımını, bilimsel ve eğitsel toplantıları, gerçekleştirilen sergileme ve benzeri etkinlikler ile bedelsiz numune, hatırlatıcı tanıtım ve basılı tanıtım malzemesi kullanmak suretiyle yapılan faaliyetleri ifade eder.”, “e” fıkrasında da; “Tanıtım Malzemeleri: Beşeri tıbbi ürün hakkında yeterli ve gerekli bilgiyi ihtiva eden kitap, kitapçık, broşür gibi basılı materyalleri, film, slayt, elektronik medya gibi görsel/işitsel malzemeleri, bedelsiz beşeri tıbbi ürün numunelerini, bloknot, kalem, kalemlik, takvim, mesleki etkinlikler sırasında kullanılacak parasal değeri mütevazı sınırlar içinde olan malzemeleri ve ilgili çevrelerde bilgi/veri kaynağı olarak kullanabilecek ulusal, uluslararası yayınlar gibi hatırlatıcı ziyaret malzemelerini ifade eder.” kuralları bulunmaktadır.

Anılan fıkralarda yapılan tanımlar; reçete ile satılan beşeri tıbbi ürünlerin sağlık mesleği mensuplarına tanıtımı yanında reçetesiz satılan beşeri tıbbi ürünlerin topluma tanıtımını da kapsamaktadır. 1262 sayılı Yasanın 13 üncü maddesinde reçetesiz satılabilen ilaçların ilan verilmek suretiyle tanıtımına; tarifname ve gazetelerle sınırlı olmak kaydıyla belirli şekil şartlarına bağlı olarak olanak tanınmasına karşın, yukarıdaki fıkra hükmünde görsel ve işitsel basına verilen ilanlar, tanıtımın bir parçası olarak ele alınmıştır. Reçetesiz satışı yapılabilecek ilaçların tanıtımını; bilinçsiz ilaç kullanımı sonucunda oluşacak zararları dikkate alarak, belli sınırlarda ve belli meslek grupları ile sınırlı tutan, topluma ve çocuklara ulaşmasını engelleyen yasal düzenlemeyi aşar nitelikte sonuç doğuran 4 üncü maddenin “d” ve “e” fıkralarında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin, tanıtım faaliyetlerinin kapsam ve temel esaslarının düzenlendiği ikinci bölümünde yer alan 5 inci maddesinde, tanıtım faaliyetinin kapsamı alt bent halinde sayılırken, anılan maddenin “a” bendinde reçetesiz satılan beşeri tıbbi ürünlerin topluma tanıtımına yer verilmiş, 6 ncı maddesinde de, tanıtıma ilişkin temel esasların neler olduğu belirtilmiştir.

Reçetesiz satılan beşeri tıbbi ürünlerin Yasa hükmü ile getirilen sınırlamayı aşar nitelikte her türlü tanıtım faaliyeti ve tanıtım malzemesi ile topluma tanıtımına olanak sağlayan ve buna ilişkin esasları – kuralları belirleyen Yönetmeliğin 5 inci ve 6 ncı maddelerinde 1262 sayılı Yasanın 13 üncü maddesine uyarlık bulunmamaktadır.

Reçetesiz satılan beşeri tıbbi ürünlerin topluma tanıtımını tanıtım faaliyeti kapsamında ele alan Yönetmelik hükmünün hukuka aykırılığı nedeniyle anılan Yönetmeliğin; topluma tanıtımın düzenlendiği üçüncü bölümde yer alan “Topluma Tanıtım” başlıklı 7 nci maddesinin birinci fıkrasında; terkihi veya amaçları bakımından, bir hekim veya diş hekimi tarafından teşhis konulmasına, reçete yazılmasına veya tedavinin izlenmesine ihtiyaç olmayan durumlarda, bir eczacının bilgilendirmesi ve tavsiyesi ile kullanılabilir şekilde üretilen Bakanlıkça ruhsat veya izin verilmiş ürünlerin topluma tanıtımının yapılabileceği kuralına yer verilmiş olup, bu bağlamda Yönetmeliğin 7 nci maddesinde, “Topluma Tanıtımın Genel İlkeleri” başlıklı 8 inci maddesinde, “Ruhsat yada İzin Sahibinin Sorumluluğu” başlıklı 14 üncü maddesinde ve “Denetim” başlıklı 15 inci maddesinde aynı gerekçeyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Davalı idare tarafından, değişikliğe gerekçe olarak 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Yasanın 22 nci maddesi gösterilmekte ise de;

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Yasanın 3 üncü maddesinde “reklam”; bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralınmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyurular olarak tanımlanmış aynı Yasa’nın 22 nci maddesinde de; alkol ve tütün ürünleri reklamına izin verilemeyeceği, reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamının yapılamayacağı, diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacağı ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağı kuralına yer verilmiştir.

Yukarıdaki Yasa hükümleri incelendiğinde, 3984 sayılı Yasada reklamın kamuya yönelik duyuruları yani ilanı ifade etmesi, aynı Yasa'nın 22 nci maddesinde de reçete ile satışına izin verilenler dışındaki ilaç ve tedavilerin reklamlarının yani ilanların gerçeği yansıtacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacak şekilde yapılacağı kuralına yer verilmesi karşısında, 1262 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesindeki; "Müstahzarları övme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atf veya mevcut şifa tesirleri büyütme suretiyle sabit veya müteharrik sinema filmleri, ışıklı ve ışısız ilan, radyo ve herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnudur. Şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde "... hastalıklarında kullanılması faydalıdır" şeklindeki ilanlara müsaade olunabilir ..." şeklindeki hükmün halen geçerliliğini koruduğu, başka bir ifadeyle, 3984 sayılı Yasanın 22 nci madde hükmüyle radyo, televizyon, sinema, filimleri... vb. şeklindeki reklamlar ile tanıtımını amaçlamadığı açıktır.

Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar dava konusu Yönetmeliğin diğer maddelerinin iptalini gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle dava konusu Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin "d" ve "e" fıkrasının, 5 inci, 6 ncı, 7 nci maddesinin, 8 inci, 14 üncü ve 15 inci maddelerinin iptaline, diğer maddeler yönelik olarak ise davanın reddine, dava kısmen red, kısmen iptal ile sonuçlandığından aşağıda dökümü yapılan 130.90.-YTL . yargılama giderinin yarısı olan 65.45.-YTL'nin davacı üzerinde bırakılmasına 65.45.-YTL. ile kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 900 YTL. vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 13.12.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

2. Danıştay 10. Daire, 16.5.2008 tarihli, E: 2005/5991, K: 2008/3378²⁷⁴

ÖZET : İlgili mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, sanatını icra eden tabiplerin ve ayakta teşhis ve tedavi yapılan sağlık kuruluşlarının, çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri; tabiplerin, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacakları ilanlarda hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisasları ve akademik unvanlarını yazabilecekleri, reklamlarını yapamayacakları sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, sözü edilen dergide yer verilen yazıların reklam niteliğinde olması, içeriğinde mevzuat hükümlerinin yasakladığı reklamların da bulunduğu sonucuna ulaşılması karşısında, 4077 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine aykırılık nedeniyle davacı şirketin idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde, idare mahkemelerince "kesin olarak verilen" kararların da kanun yararına temyiz olunacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanun yararına bozmanın amaç ve işlevi dikkate alındığında, idare mahkemesince verilen kesin kararların da kanun yararına temyiz olunabileceğine karar verilmiştir.

İstemin Özeti : Davacı şirkete 4077 sayılı Yasa uyarınca 37.964,16 YTL idari para cezası verilmesine ilişkin 14.8.2001 tarih ve 71 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

²⁷⁴ www.kazanci.com.

Danıştay Başsavcılığının 25.7.2005 tarih ve E: 2005/51 sayılı başvurusu ile, Formsante Dergisinin Ocak 2001 sayısında yayımlanan "Belleplast'tan Yağlara Kesin Çözüm", "Grida: Güzelliğinize Açılan Pencere", "İstanbul Plastik Cerrahi'de İstenmeyen Tüylere Son" ve "Prof. Dr. Erol Kışlaoğlu Sizleri Yeniliyor" başlıklı yazıların yer aldığı bölümün tümüyle reklamlardan oluşması nedeniyle, içeriğinde 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve 4077 sayılı Yasa hükümlerinin yasakladığı reklamların da bulunduğu sonucuna ulaşılması karşısında, 4077 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine aykırı olmasından dolayı davacı şirketin idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı iddialarıyla, anılan idare mahkemesi kararının, 2577 sayılı Yasa'nın 51. maddesi uyarınca temyizen kanun yararına bozulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Yunus Çetin Düşüncesi: Formsante Dergisinin Ocak 2001 sayısında yayımlanan "Belleplast'tan Yağlara Kesin Çözüm", "Grida: Güzelliğinize Açılan Pencere", "İstanbul Plastik Cerrahi'de İstenmeyen Tüylere Son" ve "Prof. Dr. Erol Kışlaoğlu Sizleri Yeniliyor" başlıklı yazıların yer aldığı, söz konusu bölümün tümüyle reklamlardan oluşması nedeniyle, içeriğinde 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve 4077 sayılı Yasa hükümlerinin yasakladığı reklamların da bulunması nedeniyle davacı şirketin idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararının 2577 sayılı Yasanın 51. maddesi uyarınca kanun yararına ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, davacı şirkete 4077 sayılı Yasa uyarınca 37.964,16 YTL idari para cezası verilmesine ilişkin 14.8.2001 tarih ve 71 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesince; "Formsante" adlı derginin Ocak-2001 sayısının 149. sayfasından sonra, sağlık ve güzellik rehberi adı altında yayımlanan toplam oniki sayfanın ilk sayfasında, uyuşmazlık konusu "Belleplast'tan Yağlara Kesin Çözüm", "Grida: Güzelliğinize Açılan Pencere", "İstanbul Plastik Cerrahi'de İstenmeyen Tüylere Son" ve "Prof. Dr. Erol Kışlaoğlu Sizleri Yeniliyor" başlıklı yazıların yer aldığı; söz konusu bölümün tümüyle reklamlardan oluşması, haber ve yorum ögeleri içeren maddelerde yayınlanmaması nedeniyle reklam olarak nitelendirilmesinde hukuka aykırılık bulunmamasıyla birlikte, örtülü reklam olarak nitelendirilemeyeceği; öte yandan, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, dava konusu yazı ve resimlerin incelenmesinden, yanıltıcı, yanlış yönlendirici bir unsur olmadığı kanaatine varıldığı belirtilmesi ve raporun hükmüne esas alınabilecek nitelikte görülmesi nedeniyle, uyuşmazlık konusu yazıların 4077 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine aykırı bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Danıştay Başsavcılığı'nca, anılan idare mahkemesi kararının, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen kanun yararına bozulması istenilmektedir.

4077 sayılı Yasanın 26/2 maddesinde, bu Yasada öngörülen para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği, itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararların kesin olduğu hükmüne bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde, idare mahkemelerince "kesin olarak verilen" kararların da kanun yararına temyiz olunacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, kanun yararına bozmanın amaç ve işlevi dikkate alındığında, idare mahkemesince verilen kesin kararların da kanun yararına temyiz olunabileceğine karar verilerek, esasa geçildi.

Dosyanın incelenmesinden; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığının 19.7.2001 günlü ve 8453 sayılı yazısı ile Formsante Dergisinin Ocak 2001 sayısının 150 nci sayfasında yayımlanan, "Bellaplast'tan Yağlara Kesin Çözüm", "Grida: Güzelliğinize Açılan Pencere", "İstanbul Plastik Cerrahi'de İstenmeyen Tüyle-re Son" başlıklı yazılarda yer alan ibarelerin, 1219 sayılı Yasanın 1 inci ve 24 üncü maddeleri ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 58 inci maddesine, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8 inci maddesine aykırı olduğu; aynı sayfada yer alan "Prof. Dr. Erol Kışlaoğlu Sizi Yeniliyor" başlıklı yazıda yer verilen bir kısım ibarelerin, 1219 sayılı Yasanın 24 üncü maddesine; Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelik'in 58 inci maddesine, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8 inci maddesine aykırı olduğu ve bu yazılarda çeşitli sağlık merkezlerinin isimlerine ve yaptığı faaliyetlere yer verilmesinin, TRKGM-95/142-143 sayılı Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğin 4 üncü maddesinin (d) bendi hükmünü ihlal ettiği; dolayısıyla, reklamın 4077 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine aykırı olduğu iddiaları ile ilgili olarak davacı şirketten yazılı görüş istendiği; davacı şirketin, söz konusu yazıların reklam veya örtülü reklam olmadığını, ayrıca sayfanın yanında rehber niteliğinde olduğunu belirttiği; Anayasanın 28. maddesi ile basına tanınan haber verme hakkı kapsamında bulunduğunu savunduğu; Reklam Kurulunun 14.8.2001 günlü ve 71 sayılı toplantısında alınan kararlar, savunma istem yazısında belirtilen ihlallerin gerçekleştiği sonucuna varılarak, davacıya 4077 sayılı Yasanın 17 ve 25/3 üncü maddeleri uyarınca idari para cezası uygulanması hususunda Bakanlığa öneride bulunulmasına karar verildiği; sözü edilen öneri doğrultusunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 24.8.2001 tarih ve 2001/129 sayılı Olur'u ile davacı şirkete 37.964,16 YTL idari para cezası uygulandığı anlaşılmaktadır.

4077 sayılı Yasanın olay tarihinde yürürlükte bulunan 1 inci maddesinde, bu Yasanın amacının, ekonominin gereklerine ve kamu yararına uygun olarak, tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek olduğu belirtilmiş; 16 ncı maddesinde, "Ticari reklam ve ilânların yasalara ve genel ahlâka uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır." ilkesine yer verildikten sonra, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları ve özürülleri istismar edici reklam ve ilânlar

yapılamayacağı belirtilmiş; aynı Yasanın 17 nci maddesinin yine olay tarihinde yürürlükte olan birinci fıkrası ile "Ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre 16 ncı madde hükümlerine aykırı hareket edenleri cezalandırmak, söz konusu reklam ve ilanları durdurmak ve/veya aynı yöntemle düzeltmek hususlarında Bakanlığa öneride bulunmakla görevli" bir Reklam Kurulu kurulmuş; 25 inci maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan metninde, 16 ncı maddeye aykırı hareket edenler hakkında para cezası uygulanacağı ve bu aykırılık ülke düzeyinde yayın yapan yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlar ile gerçekleşmiş ise, cezanın on katının uygulanacağı, Bakanlığın ayrıca ticari reklam ve ilânın durdurulması ve/veya aynı yöntemle düzeltilmesini ilgililerden isteyeceği, bu isteğe karşın 16 ncı maddeye aykırılığın devamı halinde, Bakanlıkça, ticari reklam veya ilânın durdurulması ve/veya aynı yöntemle düzeltilmesi istemi ile tüketici mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüş; 31 inci maddesinde, Bakanlığın, bu Yasanın uygulanmasıyla ilgili olarak mevzuat çerçevesinde gerekli tedbirleri almaya ve düzenlemeleri yapmaya yetkili olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Öte yandan, olay tarihinde yürürlükte olan 21.12.1995 tarihli ve 22500 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğin 4 üncü maddesinin (d) bendinde, "Biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın 'reklam' olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bir reklam ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayınlandığında 'reklam' olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilir. Örtülü reklam yapılamaz." denilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır." hükmüne yer verilmiş; 24 üncü maddesinde, icrayı sanat eden tabiplerin, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmalarının yasak olduğu kurala bağlanmıştır.

9.3.2000 tarih ve 23988 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in "reklam, tanıtım ve bilgilendirme" başlıklı 58 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; sağlık kuruluşlarının çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamayacakları belirtilmiş; 3 üncü fıkrasında, sağlık kuruluşları ve çalışanlarının yukarıda açıklanan hususlara riayet etmek ve reklam, tanıtım, bilgilendirme niteliğindeki her türlü faaliyetleri için Müdürlükten izin almak zorunda oldukları öngörülmüştür.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8 inci maddesinde, tabiplik ve diş tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemeyeceği, tabip ve diş tabiplerinin her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamayacağı belirtilmiş; 9 uncu maddesinde, tabip ve diş tabibinin, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacağı ilanlarda ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubesini, akademik unvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, sanatını icra eden tabiplerin ve ayakta teşhis ve tedavi yapılan sağlık kuruluşlarının, çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri; tabiplerin, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacakları ilanlarda hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisasları ve akademik unvanlarını yazabilecekleri, reklamlarını yapamayacakları sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, sözü edilen derginin Ocak 2001/1 sayısında yer verilen yazıların reklam niteliğinde olması, içeriğinde yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin yasakladığı reklamların da bulunduğu sonucuna ulaşılması karşısında, 4077 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine aykırılık nedeniyle davacı şirketin idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Buna göre, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararının kanun yararına bozulması gerekmektedir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığı tarafından yapılan kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 28.2.2005 tarih ve E:2001/1387, K:2005/123 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına, kararın birer örneğinin ilgili Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasına, 16.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

3. Danıştay 10. Daire, 11.7.2008 tarihli, E: 2005/9179, K: 2008/5696²⁷⁵

ÖZET : Sağlık hizmeti sunan doktor ve hastanelerin reklam niteliğinde ilan vermelerinin mümkün olmadığı; verecekleri ilanlarda, yaptıkları işe ticari bir nitelik yüklemelerinin de yasaklandığı anlaşılmaktadır.

Davacı şirketin, idari para cezası verilmesi ve ticaret unvanının değiştirilmesinden önce, sahip olmadığı bir unvanı kullandığı ve tüketiciyi yanıltıcı reklam yaptığı, bu suretle yukarıda yer alan mevzuat hükümlerini ihlal ettiği görülmüştür.

Bu durumda, davacı şirket tarafından işletilen hastanenin tanıtımı amacıyla gazetede yayımlanan davaya konu yazı reklam niteliğinde olduğundan ve ticari amaç taşıdığından, 4077 sayılı Yasanın 16. maddesi ve yukarıda sözü edilen diğer mevzuat hükümlerine aykırılık nedeniyle davacı şirketin idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İstemin Özeti : Davacı şirket tarafından işletilen hastane ile ilgili olarak 3.4.2003 tarihli Zaman Gazetesinde yayımlanan reklamda, 4077 Sayılı Yasanın 16. maddesine aykırı davranıldığından bahisle 35.000.00 YTL idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptaline karar veren Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 4.1.2005 tarih ve E:2004/849, K:2005/4 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 51. maddesi uyarınca temyizen kanun yararına bozulması Danıştay Başsavcılığı tarafından istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Demet Ünal Düşüncesi: Olayda, davacı şirket tarafından işletilen hastanenin tanıtımı amacıyla Zaman Gazetesinde yayımlanan davaya konu yazı, reklam niteliğinde olduğundan ve ticari amaç taşıdığından, 4077 sayılı Yasanın 16. maddesi ve 1219 sayılı Yasanın 24., Tıbbi Deantoloji Nizamnamesinin 8. ve

²⁷⁵ www.kazanci.com.

9., Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesi hükümlerine aykırılığı açık olan dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararının kanun yararına bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

KARAR : Dava, davacı şirket tarafından işletilen hastane ile ilgili olarak 3.4.2003 tarihli Zaman Gazetesinde yayımlanan reklamda, 4077 Sayılı Yasanın 16. maddesine aykırı davranıldığından bahisle 35.000.00 YTL idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesince; davacı şirket tarafından yayımlatılan reklamın, hastanenin sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici türde olduğu, ilgili mevzuat hükümleri ile öngörülen ilke ve kurallara aykırı nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Danıştay Başsavcılığınca, davacı şirket tarafından Zaman Gazetesinde yayımlatılan "Aksesuar Olarak Kalsın" başlıklı yazının reklam niteliğinde olduğu, yazının içeriğinde 4077 sayılı Yasanın 16.; 1219 sayılı Yasanın 24.; Tıbbi Deantoloji Nizamnamesinin 8. ve 9. ; Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesi hükümlerinin yasakladığı reklamların da bulunduğu, bu nedenle anılan şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek, idare mahkemesi kararının kanun yararına bozulması istenilmektedir.

4077 sayılı Yasanın işlem tarihinde yürürlükte bulunan 26/2 maddesinde, bu Yasada öngörülen para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği, itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararın kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde, idare mahkemelerince "kesin olarak verilen" kararların da kanun yararına temyiz olunacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanun yararına bozmanın amaç ve işlevi dikkate alındığında, idare mahkemesince verilen kesin kararların da kanun yararına temyiz olunabileceğine karar verilerek, esasa geçildi.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinde, "Ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özür-lüleri istismar edici reklam ve ilanlar yapılamaz." hükmü yer almaktadır.

Yine aynı Yasanın 25. maddesinin üçüncü fıkrasında, 16. maddeye aykırı hareket edenler hakkında para cezası uygulanacağı, 16. maddeye aykırılığın ülke düzeyinde yayın yapan yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlarla gerçekleşmesi halinde ise cezanın on katının uygulanacağı öngörülmüştür.

Öte yandan, mülga Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğin (TRKGM 95/142-143) 4/a maddesinde, reklamların yasalara, genel ahlaka uygun, doğru, dürüst ve gerçekçi olmak zorunda olduğu; 6/a maddesinde ise, reklamların, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde olamayacağı belirtilmiştir.

Reklam; bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyuruları ifade etmektedir.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 24. maddesinde, icrayı sanat eden tabiplerin, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup, diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmalarının yasak olduğu hükmü yer almıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8 inci maddesinde, tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemeyeceği, tabip ve dış tabiplerinin her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamayacağı belirtilmiş; 9 uncu maddesinde, tabip ve dış tabibinin, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacağı ilanlarda ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubesini, akademik unvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesinde, "Özel hastaneler tıbbi deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı şekilde insanları yanıltan ve yanlış yönlendiren, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları tedavi ettiği intibahı uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette reklam ve tanıtımlar yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı isim dışında başka bir isim kullanamaz ve böylece faaliyet gösteremezler. Rekabetin korunması ve haksız rekabet ile ilgili diğer mevzuat hükümleri saklıdır." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirkete ait göz hastanesinin "Dünya Göz Hastanesi" unvanı ile tanıtımı amacıyla 3.4.2003 tarihli Zaman Gazetesinde yayımlanan "Aksesuar Olarak Kalsın" başlıklı reklam metninde "bugüne kadar dünyayı daha net görmek için esiri olduğunuz gözlük ve kontakt lenslerden ömür boyu kurtulmanız mümkün. Nasıl mı? Eksimer laser & lasik tedavisiyle gözlük ve lenslerden kurtulmayı hayal ediyorsanız şimdi tam zamanı" ifadesi ile yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine aykırı reklam yapıldığı gerekçesiyle, 4077 sayılı Yasanın 25. maddesi uyarınca 35.000.00 YTL idari para cezası verildiği anlaşılmıştır.

Davacı şirket tarafından verilen reklamda "Dünya Göz Hastanesi" unvanı ve amblemi kullanılmış ise de; bir örneği dosyada yer alan 5.8.2004 tarih ve 6108 sayılı Ticaret Sicili Gazetesinden, davacı şirketin ticaret unvanının, "Levent Sağlık Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş." iken 5.8.2004 tarihinde yapılan tescil ile unvanının "Dünya Göz Hastanesi San. ve Tic. A.Ş." olarak değiştirildiği görülmüştür.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, sağlık hizmeti sunan doktor ve hastanelerin reklam niteliğinde ilan vermelerinin mümkün olmadığı; verecekleri ilanlarda, yaptıkları işe ticari bir nitelik yüklemelerinin de yasaklandığı anlaşılmaktadır.

Davacı şirkete 16.2.2004 tarihli işlemle idari para cezası verildikten sonra "Levent Sağlık Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş." olan ticaret unvanı, 5.8.2004 tarihinde "Dünya Göz Hastanesi" olarak tescil edilmiş ise de, bu tarihten çok önce 3.4.2003 tarihinde Zaman Gazetesinde "Dünya Göz Hastanesi" unvanı kullanılarak reklam verildiği; başka bir deyişle, davacı şirketin, idari para cezası verilmesi ve ticaret unvanı

nın değiştirilmesinden önce, sahip olmadığı bir unvanı kullandığı ve tüketiciyi yanıltıcı reklam yaptığı, bu suretle yukarıda metni yer alan mevzuat hükümlerini ihlal ettiği görülmüştür.

Bu durumda, davacı şirket tarafından işletilen hastanenin tanıtımı amacıyla gazetede yayımlanan davaya konu yazı reklam niteliğinde olduğundan ve ticari amaç taşıdığından, 4077 sayılı Yasanın 16. maddesi ve yukarıda sözü edilen diğer mevzuat hükümlerine aykırılık nedeniyle davacı şirketin idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, iptali yolundaki mahkeme kararının kanun yararına bozulması gerekmektedir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığı'nın kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 4.1.2005 tarih ve E:2004/849, K:2005/4 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına, kararın birer örneğinin ilgili Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasına, 11.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

4. Danıştay 13. Daire, 16.3.2005 tarihli, E: 2005/213, K: 2005/1558²⁷⁶

ÖZET : Dava, Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in "Reklamı Tele-Alışveriş Yayını ve Program Desteklemesi Yasaklanan Ürün ve Hizmetler" başlıklı 21. maddesinin "tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler"e ilişkin reklam ve tele-alışveriş yayını yapılamayacağını öngören (d) bendinin iptali talebiyle açılmıştır.

Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve 3984 sayılı Yasa'da, tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetlerin reklamının yapılamayacağına ilişkin bir sınırlama bulunmadığı halde, dava konusu yönetmelik hükmü ile dayanağı üst hukuk kurallarına aykırı düzenleme yapılmasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

İstemin Özeti : 17.4.2003 tarih ve 25082 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik" in 21. maddesinin (d) fıkrasının iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: 3984 sayılı Yasa ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi ve anılan Sözleşmeye değişiklik getiren Protokole uygun düzenleme içeren Yönetmelik hükmünde hukuka aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: Hem Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi, hem de 3984 sayılı Yasa'da "Tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler" in reklamlarının yapılamayacağına ilişkin bir sınırlama bulunmadığı halde, dava konusu Yönetmelik hükmü ile dayanağı üst hukuk kurallarına aykırı düzenleme yapılarak reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamına getirilen yasaklama genişletilerek, dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun şekilde reklamı mümkün, tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının

²⁷⁶ www.kazanci.com.

verdikleri hizmetlerin de yasak kapsamına alınmasında hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu düzenlemenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Zümrüt ÖDEN'in Düşüncesi: Dava, 17.4.2003 günlü 25082 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin, "Reklamı, Tele-Alış Veriş Yayını ve Program Desteklemesi Yasaklanan Ürün ve Hizmetler" başlıklı 21. maddesinin (d) fıkrasında yer alan; "Tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler" kuralının, 3984 sayılı Kanunun 22. maddesine, Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun "Belirli Ürünlerin Reklamları" başlıklı 22. maddesinde, alkol ve tütün ürünleri reklamına izin verilmeyeceği, reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamının yapılamayacağı, diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağı belirtilmiştir.

Buna göre, dava konusu edilen ve tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetlere reklam yasağı getiren kural, anılan kuruluşların yürüttükleri sağlık hizmeti ve tedavinin ancak doktor denetiminde ve reçete ile satılan ilaçlarla mümkün bulunduğundan Kanuna aykırı düşmemektedir.

Bu nedenle, insan sağlığı gibi çok önemli bir konuda, ilaçların kötü amaçla tüketilmesini önlemek ve bireyin korunması açısından getirilen reklam yasağında hukuka aykırı bir husus saptanmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dindendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

KARAR : Dava, 17.04.2003 tarih ve 25082 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in "Reklamı Tele-Alışveriş Yayını ve Program Desteklemesi Yasaklanan Ürün ve Hizmetler" başlıklı 21. maddesinin" tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler"e ilişkin reklam ve tele-alışveriş yayını yapılamayacağını öngören (d) bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

3984 sayılı Yasa'nın kapsamı ile 8. maddesinin (p) bendinde yer alan, ""bu Kanun ve Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ilkelerine uygun biçimde çalışma ve faaliyetleri ile ilgili yönetmelikler hazırlamak"" Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

04.11.1993 tarih ve 3915 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunca 22.11.1993 tarih ve 93/5038 sayılı kararla onaylanan ""Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinin 15. maddesinin 1. fıkrasında, Tütün ürünleri reklamlarına izin verilmeyeceği;

3. fıkrasında, ileten taraf ülkesinde sadece reçete ile satışına izin verilen ilaç veya tedavilerin reklamının yapılmayacağı; 4. fıkrasında, diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının, dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacağı ve kişinin zarardan korunma gereklerine uygun olacağı kurala bağlanmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun "Belirli Ürünlerin Reklamları" başlıklı 22. maddesinde, alkol ve tütün ürünleri rekla-

mına izin verilmeyeceği, reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamının yapılamayacağı, diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağı hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesini Değiştiren Protokol 01.03.2002 tarihinde yürürlüğü girmiş, sözkonusu Protokolün onaylanması 15.07.2003 tarih ve 4936 sayılı Yasa ile uygun bulunmuştur. Bu değişiklik getiren Protokolle 15. maddeye 5. Fıkra eklenmiş ve "İlaçlar ve tıbbi tedavi için tele - alışverişe izin verilmeyecektir." kuralı getirilmiştir.

Özel Hastaneler Yönetmeliğinin Reklam ve Tanıtım Başlıklı 60. Maddesinde ise; "özel hastaneler, tıbbi deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan ve yanlış yönlendiren, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları tedavi ettiği intibamı uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette reklam ve tanıtımlar yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı ismi dışında başka bir isim kullanamaz ve böylece faaliyet gösteremezler.

Rekabetin korunması ve haksız rekabet ile ilgili diğer mevzuat hükümleri saklıdır kuralı bulunmaktadır."

Anayasa'nın 124. maddesi gereği; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkarabileceği açıktır. Yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan ancak idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu bulunan teknik konu ve ayrıntıları yasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla düzenleyebilir. Kamu idaresi tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken dayanağı yasanın bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi yasayı ve yasanın amacını aşar veya yasa konusu alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı da bulunmamaktadır.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, hem Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi, hem de 3984 sayılı Yasa'da "Tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler" in reklamlarının yapılamayacağına ilişkin bir sınırlama bulunmadığı halde, dava konusu Yönetmelik hükmü ile dayanağı üst hukuk kurallarına aykırı düzenleme yapılarak reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamına getirilen yasaklamanın genişletilerek, dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun şekilde reklamı mümkün olan tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetlerin de yasak kapsamına alındığı görülmektedir.

Belirtilen bu duruma göre, dava konusu Yönetmeliğin düzenleniş amacına aykırı olarak, üst hukuk kurallarında öngörülen çerçeve ve yetkiyi aşar nitelikte düzenleme getirildiği, bu haliyle de hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, davalı idare tarafından referans olarak sunulan 89/552 EEC sayılı "Sınır Tanımayan Televizyon Direktifi" nin 97/36 Ec sayılı 30 Haziran 1997 tarihinde yapılan değişiklik sonrası halinde de dava konusu yönetmelik hükmüne dayanak alı-

nabilecek bir düzenleme bulunmadığı gibi, Özel Hastaneler Yönetmeliğindeki düzenlemenin de dava konusu Yönetmelik düzenlemesinin nedeni olamayacağı açıktır.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, dava konusu "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik" in 21. maddesinin (d) fıkrasının iptaline, aşağıda dökümü yapılan 66.35.- YTL yargılama gideri ile kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 350.00.- YTL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan 16.00.- YTL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 16.03.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

5. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 29.1.1999 tarihli, E: 1997/423, K: 1999/140²⁷⁷

ÖZET : Reçetesiz satılan ilaçların ilanı yasa gereği tıbbi dergilerle sınırlı tutulduğundan bu ilaçların tıbbi dergiler dışında da reklam konusu edilebileceğine ilişkin yönetmelik değişikliği hukuka aykırıdır.

İstemin Özeti: 27.4.1996 günlü, 22623 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Beşeri İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarların Tıbbi Tanıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin iptali istemiyle Türk Eczacılar Birliği tarafından açılan dava sonucunda, Danıştay Onuncu Dairesince verilen ve anılan yönetmeliğin iptaline ilişkin bulunan 17.6.1997 günlü, E: 1996/5268, K: 1997/2462 sayılı Kararı davalı idare, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 22. maddesinde reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamının yapılamayacağını diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının ise dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşan ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağını hüküm altına alındığını, gerek 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun ve gerekse 3984 sayılı Yasanın müşterek maksadının reçetesiz satılmasına müsaade edilen müstahzarların münhasıran tarifname ve gazetelerde reklamına izin verilmesi olduğunu ileri sürerek temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: 3984 sayılı Yasanın 22. maddesinin özel nitelikte olan reklam konusunu düzenlemekte olduğunu, bu düzenlemenin ilaçla ilgili özel düzenlemeler olmadığı ölçüde uygulanacak nitelikte bulunduğunu belirterek, temyiz isteminin reddi ile daire kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi T.D.'nin Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı T.Ö.'nün Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle daire kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Türk milleti adına hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca gereği görüldü: 27.4.1996 günlü, 22623 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Beşeri İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarların Tıbbi Tanıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapıl-

²⁷⁷ www.kazanci.com.

masına Dair Yönetmeliğin iptali istemiyle açılan dava sonucunda Danıştay Onuncu Dairesince verilen, anılan yönetmeliğin iptaline dair 17.6.1997 günlü, E: 1996/5268, K: 1997/2462 sayılı Kararı davalı idare temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden, Danıştay Onuncu Dairesince, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 13. maddesinde, "Müstahzarları öğme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atıf veya mevcut şifa tesirlerini büyütme suretiyle sabit veya müteharik sinema filmleri, ışıklı ve ışısız ilan, radyo ve herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnurdur. Şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde "... hastalıklarında kullanılması faydalıdır" şeklindeki ilanlara müsaade olunabilir. Ancak reçetesiz satılmasına müsaade edilmeyen müstahzarların tıbbi mecmualardan başka yerlerde reklamları yapılamaz. Reklam numunelerinin önceden Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince tasvip edilmeleri lazımdır. Bir müstahzarın ilmi vasıfları hakkında hazırlanmış olan filmler sıhhat ve içtimai muavenet vekaletinin müsaadesiyle ve tayin edeceği yerlerde gösterilebilir" hükmünün yer aldığı; bu düzenleme ile reçetesiz satışı yapılmayan ilaçların tıbbi dergiler haricinde reklamına izin verilmediği ve bundan amaçlananın ilacın ulaşacağı kitleyi mesleki gruplarla sınırlı tutmak olduğu, yasanın gerekçesinde de ilaçların ilmi vasıfları konusunda tanıtımına izin verildiği, reçetesiz satılabilen kozmetik ürünlerinin reklamına olanak sağlandığı, bunun da belirli ilke ve kurallara bağlandığının görüldüğü, 7.9.1990 gün ve 20628 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Beşeri, İspençiyari Tıbbi Müstahzarların Tıbbi Tanıtım Yönetmeliğinin 12. maddesinde, yasaya paralel olarak ilaç ilanının tıbbi dergilerle sınırlandığı, dava konusu değişiklikle yönetmelikte reçetesiz olarak satılmasına izin verilen beşeri, ispençiyari ve tıbbi müstahzarların tıbbi tanıtımının yalnız hekim ve eczacılarla sınırlı tutulmadığı, topluma ve çocuklara tanıtımına olanak sağlandığı, yapılacak reklamların şekil ve esasları ile uygulanacak prosedürün düzenlendiği, bu durumun genel olarak ilgili meslek grupları dışında, toplum önünde reklamını yasaklayan yasadaki düzenleme ile çeliştiği, değişikliğe neden olarak 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Yasanın 22. maddesinin gösterildiği ancak anılan hükmün özel nitelikte olarak reklam konusunu ele aldığı ancak bu düzenlemenin ilaçla ilgili özel düzenlemeler olmadığı ölçüde uygulanacak nitelikte olduğu gerekçesiyle 27.4.1996 gün ve 22623 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren beşeri İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarların Tıbbi Tanıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz sebeplerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu Dairesinin 17.6.1997 günlü, E: 1996/5268, K: 1997/2462 sayılı kararının ONANMA-SINA, 29.1.1999 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

26.5.1928 günlü, 898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 4.1.1943 günlü değişiklikle yeniden düzenlenen 13. maddesinde "Müstahzarları öğme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atıf veya mevcut şifai tesirleri büyütme suretiyle sabit veya müteharrik sinema film-

leri, ışıklı veya ışısız ilan, radyo veya herhangi bir vasıta ile reklam yapılması memnurdur. Şu kadar ki, tarifname ve gazetelerde "... hastalıklarında kullanılması faydalıdır" şeklindeki ilanlara müsaade olunabilir. Ancak reçetesiz satılmasına müsaade edilmeyen müstahzarların tıbbi mecmualardan başka yerlerde reklamları yapılamaz. Reklam numunelerinin önceden sıhhat ve içtimai muavenet vekaletince tasvip edilme-leri lazımdır. Bir müstahzarın ilmi vasıfları hakkında hazırlanmış olan filmler sıhhat ve içtimai Muavenet vekaletinin müsaadesiyle ve tayin edeceği yerlerde gösterilebilir" hükmü yer almıştır.

20.1.1994 günlü, 21911 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında 3984 sayılı Kanunun "Belirli Ürünlerin Reklamları" başlıklı 22 nci maddesinde alkol ve tütün ürünleri reklamlarına izin verilemeyeceği, reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamlarının yapılamayacağı; diğer ilaç ve tedavilerinin reklamlarının dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacağı ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağı kurala bağlanmıştır. Kanun "reklam" konusunu da kapsayan dördüncü bölümünde, 19 uncu maddesinden itibaren reklamın niteliğine, biçimine ve sunuluşuna, yerleştirilmesine ilişkin genelde usule ilişkin düzenlemeler getirmiş; içeriği yukarıda özetlenen 22 nci maddesinde ise "alkol ve tütün ürünleri" ile "ilaç ve tedaviler", başka bir anlatımla sağlık yönünden önemli saydığı bazı ürünlerle ilgili özel bir düzenleme yapmıştır. Başlığından ve içeriğinden anlaşılacağı üzere madde bir yandan söz konusu ürünlerden hangilerinin reklamlarının yapılamayacağını açıklamakta, daha doğrusu alkol ve tütün ürünleri ile reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin radyo ve televizyonda reklamlarını yasaklamakta; diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının hangi unsurlardan oluşacağını ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağını belirtmek suretiyle bunların radyo ve televizyonda reklamlarının yapılabileceğini açıkça kabul etmektedir. Yasa koyucunun bu düzenlemeyi yaparken, 1262 sayılı Yasa ile yapmış olduğu düzenlemeyi de gözönünde bulundurduğu; reçetesiz satılmasına izin verilmeyen ilaçlar için adı geçen yasadaki reklam yasağını sürdürürken, diğer ilaçlar için farklı bir düzenleme getirdiği ve belirli koşullarla bu ilaçları reklam yasağından çıkardığı açıktır. Ortada reçetesiz satılan ilaçların reklamıyla ilgili aynı konuda iki farklı yasal düzenleme bulunduğu göre, daha sonra yürürlüğe giren yasanın, eski yasada yer alan kuralı "zımnen" yürürlükten kaldırdığını; reçetesiz satılan ilaçların reklamı konusunda, artık 1262 sayılı Yasanın 13 üncü maddesindeki kuralın uygulanamayacağını, bu konuda 3984 sayılı Yasa kuralının geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Temyize konu olan daire kararında yer alan "3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 22 nci maddesinin özel nitelikte olarak reklam konusunu ele aldığı, ancak bu düzenlemenin ilaçla ilgili özel düzenlemeler bulunmadığı ölçüde uygulanacak nitelikte olduğu..." yolundaki gerekçeyi ve söz konusu kanunun içeriğinde hareketle 22 nci maddedeki düzenlemenin 1262 sayılı Yasada, ilaçların radyo ve televizyonlarda reklamına izin veren bir değişiklikten sonra uygulanabilecek özel bir hüküm olduğu yolundaki görüşü "yasaların yürürlük kuralları" ile bağdaştırmak olanağı bulunmamaktadır.

Kaldı ki çoğunluk kararı ile onanan iptal kararına karşın, 3984 sayılı Yasanın 22. maddesinde yer alan ilkelere yani dürüst, gerçeği yansıtan, doğrulanması mümkün unsurları içeren ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun biçimde düzenlenmiş

olan, reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin dışındaki diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının, radyo ve televizyonlarda yayınlanmasını anılan kanun hükümleri doğrultusunda engellemeyeceği açıklar.

Anayasanın Yönetmeliklerle ilgili 124. maddesindeki ilkelere ve 3984 sayılı Yasanın 22. maddesinde düzenlenen esaslara ve çizilen çerçeveye uygun olarak yayımlanan yönetmelik hükümlerinde hukuka aykırılık bulunmadığından davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile temyize konu daire kararının bozulması oyuyla karara karşıyız.

6. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 5.11.2009 tarihli, E: 2006/2726, K: 2009/2111²⁷⁸

ÖZET : Diş hekimi olan davacının katıldığı bir özel radyo programında, program yöneticisi ile yaptığı söyleşide programa telefonla katılan kişilerle konuşmasında çalıştığı kurumun (özel diş hastanesinin) yeri, yaptığı işler, hizmetlerin ücretleri ile ilgili konularda bilgilendirme sınırlarını aşarak, haksız rekabet yaratacak, reklam niteliği taşıyan söylemlerde bulunduğu anlaşıldığından yönetmelik kurallarına aykırı davranışları nedeniyle davacıya verilen disiplin cezasında da hukuka aykırılık görülmemiştir.

İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesinin 13.6.2006 günlü, E:2005/1830, K2006/2478 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Türk Diş hekimleri Birliğinin Savunmasının Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

İstanbul Diş hekimleri Odasının Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Gonca Temizhan'ın Düşüncesi : Temyiz işleminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin Yıldız'ın Düşüncesi: Danıştay dava dairelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Danıştay Sekizinci Dairesi'nce verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosyanın tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından davacının yürütmenin durdurulması hakkındaki istemi görüşülmeksizin dosya incelendi, gereği görüldü:

KARAR : Dava; diş hekimi olan davacının 390.00.-YTL para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Diş hekimleri Odası Disiplin Kurulunun 10.8.2004 gün ve 183 sayılı kararını onayan Türk Diş hekimleri Birliği Yüksek Disiplin Kurulunun 12.01.2005 gün ve 2005/8 sayılı kararıyla, anılan işleme dayanak yapılan Türk Diş

²⁷⁸ www.kazanci.com

hekimleri Birliği ve Diş hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliğinin 8/a maddesinin iptalleri istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi 13.6.2006 günlü, E:2005-1830, K:2006/2478 sayılı kararıyla, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 40. maddesinde, diş hekimlerinin diğer suretlerle reklam ve saire yapmalarının yasak olduğunun belirtildiği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinde de reklam yasağına ilişkin kuralların yer aldığı, uyumsuzluk konusu yönetmeliğin 8. maddesinin (a) fıkrasında, reçete kağıtları, el ilanları, promosyon malzemeleri ve benzeri araçlarla reklam yapmak veya sanal ortamlarda dahil olmak üzere her türlü iletişim araçlarında reklam amacına yönelik veya haksız rekabeti sağlayıcı yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamalarda bulunmak, çalıştığı veya ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığı ile anılan eylemlerin yapılmasına göz yummak fiilinin cezasının para cezası olarak yaptırıma bağlandığı, 3224 sayılı Kanunun sözü edilen 44. maddesinde öngörülen temel ilkeler çerçevesinde aynı madde ile yönetmelik çıkarma konusunda verilen yetkiye dayanılarak düzenlenen Yönetmeliğin davaya konu edilen 8/a maddesinde üst hukuk normlarına aykırılık bulunmadığı, diş hekimi olan davacının 20.09.2003 tarihinde katıldığı bir özel radyo programında, program yöneticisi ile yaptığı söyleşide programa telefonla katılan kişilerle konuşmasında çalıştığı kurumun (özel diş hastanesinin) yeri, yaptığı işler, hizmetlerin ücretleri ile ilgili konularda bilgilendirme sınırlarını aşarak, haksız rekabet yaratacak, reklam niteliği taşıyan söylemlerde bulunduğu anlaşıldığından yönetmelik kurallarına aykırı davranışları nedeniyle davacıya verilen disiplin cezasında da hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı dava konusu işlem ile dayanağı mevzuat hükmünün hukuka aykırı olduğunu belirterek kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Sekizinci Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin REDDİNE, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 13.6.2006 günlü, E:2005/1830, K:2006/2478 sayılı kararının ONANMASINA, 05.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

7. Danıştay 8. Daire, 1.11.2005 tarihli, E: 2004/1589, K: 2005/4529²⁷⁹

Davanın Özeti: Özel Acıbadem Hastanesi Başhekimisi olan davacıya 35.591.400 lira para cezası verilmesine ilişkin İstanbul Tabip Odası Onur Kurulunun 08.07.2002 tarih ve 33 sayılı kararı ile Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliği'nin 5/a-b maddeleri ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinin; Sağlık Bakanlığı'nın yetkisinde olan konuda işlem tesis edildiği, kaldı ki, ilgili mevzuatta reklam ve ilan vermeyi yasaklayan hiçbir hüküm bulunmadığı öne sürülerek iptali istemidir.

Savunmalarının Özeti: Disiplin cezasının muhatabının davacı şirket olmadığı, bu nedenle dava açma yetkisi bulunmadığı, işin esası açısından ise; her ne surette olursa olsun hekimlerin reklam yapmasının yasak olduğu, Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırıldığı, Tıbbi Deontoloji Tüzü-

²⁷⁹ www.legalbank.net.

ğünün dava konusu düzenlemelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı öne sürülerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi İbrahim ÖZDEMİR'in Düşüncesi: Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü ERBÜK'ün Düşüncesi: Özel Acıbadem Hastanesi Başhekimisi olan davacıya 35.591.400 lira para cezası verilmesine ilişkin İstanbul Tabip Odası Onur Kurulunun 8.7.2002 tarih ve 33 sayılı kararı ile Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 5/a-b maddeleri ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinin iptali istenmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 24. maddesinde, mesleklerini uygulayan hekimlerin hastalarını kabul ettikleri yer ile muayene saatlerini ve uzmanlıklarını bildiren ilanlar verebilecekleri, diğer biçimde ilan, reklam ve benzerlerini yapmalarının yasak olduğu, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. maddesinde, tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilmeyeceği, tabip ve dış tabibinin her ne suretle olursa olsun yazılarında kendi reklamını yapamayacağı, gazetelerde ve diğer neşir vasıtalarında reklam mahiyetinde teşekkür ilanı yazdıramayacağı, anılan tüzüğü'nün 9. maddesinde, gazete ve diğer neşir vasıtaları ile yapılan ilanlarda ancak ad ve soyad ile adresini ihtisas şubesi ile akademik ünvanı ve muayene gün ve saatlerini yazabileceği hükme bağlanmıştır. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 28. maddesinde de sinema, radyo veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklam yapılmasını önlemek idare heyetinin vazifeleri arasında sayılmış ve 39. maddesinde de, haysiyet divanının evrakı kendisine tevdi edilen cezanın fiiline göre inzibati cezalar vereceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden Özel Hastane Başhekimisi olan davacıya, çalıştığı hastanenin Emekli Sandığı mensuplarına ücretsiz olarak bazı tıbbi hizmetlerden yararlanma imkanı sunduğu yolunda verilen gazete ilanı nedeniyle para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Gazeteye verilen ilanın içeriği, hastaların bu özel hastaneye yönelmelerini sağlayacak nitelikte olduğu açıktır.

Hekimlik mesleği insan sağlığı ile ilgili olup, hekimlerin reklam yapmaları, yapılan reklamdan yararlanmaları, rekabet yaratmalarının meslek etiği ile bağdaşmaya cağı kuşkusuzdur. Davacı hakkında tesis edilen işlemde ve reklam niteliğindeki ilanların yapılmasının yasaklanmasına ilişkin dava konusu Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliği, 28.04.2004 günlü ve 25446 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacıya para cezası verilmesine ilişkin işlemin ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinin iptali isteminin reddine, Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 5/a-b maddelerinin iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava; Özel Acıbadem Hastanesi Başhekimisi olan davacıya 35.591.400 lira para cezası verilmesine ilişkin İstanbul Tabip Odası Onur Kurulunun 08.07.2002 tarih ve 33 sayılı kararı ile Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 5/a-b maddeleri ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinin iptali istemi ile açılmıştır.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 28. maddesinin d fıkrasında, sinema, radyo, müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklam yapılmasını önlemek Türk Tabipleri Birliği İdare Heyetinin vazifeleri arasında sayılmış, 39. maddesinde ise, Haysiyet Divanının evrakı kendisine tevdi edilen azaların fiil ve hareketlerinin mahiyetine göre bu maddede belirtilen inzibati cezaları vereceği belirtilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 24. maddesinde, mesleklerini uygulayan hekimlerin hastalarını kabul ettikleri yer ile muayene saatlerini ve uzmanlıklarını bildiren ilanlar verebilecekleri, diğer biçimlerde ilan, reklam ve benzerlerini yapmalarının yasak olduğu, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. maddesinde, tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilemeyeceği, tabip ve dış tabiplerinin, yapacağı yayınlarda tababet mesleğinin şerefini üstün tutmaya mecbur oldukları, ne suretle olursa olsun yazılarında kendi reklamlarını yapamayacakları, 9. maddesinde, tabip ve dış tabiplerinin gazete ve sair vasıtalarla yapacakları ilanlarda ve reçete kağıtlarında, ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubelerini, akademik ünvanlarını ve muayene gün ve saatlerini yazabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacıya başhekim olarak çalıştığı Özel Hastane-nin, Emekli Sandığı mensuplarına ücretsiz olarak bazı sağlık hizmetlerinden faydalanabilecekleri yolunda verilen ve 28.10.2002 gününde Milliyet Gazetesinde çıkan ilan nedeniyle para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan yasa hükmünde, hekimlerin reklam yapmalarının, bu reklamlardan yararlanarak, rekabet oluşturmalarının yasak olduğu açıkça belirtildiğine göre, davacıya verilen cezanın dayanağı Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu cezaya neden olarak gösterilen ilanın içeriği, "göz ameliyatları", "anjio" ve "by-pass" ameliyatlarının ücretsiz yapılacağına ilişkin olduğundan Emekli Sandığı mensuplarının bu yolla anılan hastaneye yönelmelerini sağlayacak nitelikte olduğu açıktır. Bu nedenle verilen cezada da hukuka aykırılık yoktur.

Diğer taraftan, dava konusu işlemin diğer dayanağı, Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliği, 28.4.2004 gün ve 25446 sayılı gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın davacıya para cezası verilmesine ilişkin işlem ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 8. ve 9. maddelerinin iptali istemine ilişkin kısmının reddine, Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 5/a-b maddelerine ilişkin kısmı hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına, yargılama giderlerinin davacılar üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 350.00 YTL Avukatlık ücretinin davacıardan alınarak davalı idarelere verilmesine 01.11.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

8. Danıştay 10. Daire, 27.3.2009 tarihli, E: 2006/3738, K: 2009/2340²⁸⁰

ÖZETİ: 12.4.2004 tarihinde gazetelerde yayımlanan "Prostat buharlaşıyor. Kesintisiz hayat başlıyor" başlıklı reklam ve devamında "Greenlight teknolojisiyle prostat nasıl buharlaşıyor?" sorusuna verilen cevaplardan sonra, Emekli Sandığı mensupları ve tüm memurların muayene, teşhis ve tedavilerinin özel hastanelerde de yapıldığı belirtilerek prostat tedavisi yönünden talep yaratmaya yönelik ve aynı zamanda diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan nitelikteki yazıların reklam niteliğinde olması, içeriğinde mevzuat hükümlerinin yasakladığı reklamların da bulunduğu sonucuna ulaşılması karşısında, davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İstemin Özeti: Davacı şirketin sahibi olduğu özel hastanenin, Yeni Şafak Gazetesi ile Anadolu'da Vakit Gazetesi'nin 12.4.2004 tarihli sayılarında yayımlanan "Prostat buharlaşıyor. Kesintisiz hayat başlıyor" başlıklı reklamının, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesine aykırı olduğundan bahisle 44.975 TL idari para cezası verilmesine ilişkin 31.8.2004 tarih ve 17872 sayılı işlemin iptaline karar veren Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 16.11.2005 tarih ve E: 2004/2865, K: 2005/1633 sayılı kararının; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın başvurusu üzerine Danıştay Başsavcılığı tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca kanun yararına bozulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Erkan Yılmaz

Düşüncesi: Davacı şirketin sahibi olduğu İstanbul Medipol Hastanesinin 12.4.2004 tarihinde Yeni Şafak ve Anadolu'da Vakit Gazetelerinde yayımlanan "Prostat buharlaşıyor. Kesintisiz hayat başlıyor" başlıklı reklamının, 1219 sayılı Kanunun 24. maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8 ve 9. maddeleri ile Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesi ile Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5. maddesine aykırı olduğu anlaşıldığından, davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararının 2577 sayılı Yasanın 51. maddesi uyarınca kanun yararına ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, davacı şirkete 4077 sayılı Yasa uyarınca 44.975 TL idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesi'nce; davacı şirketin sahibi olduğu özel hastanenin, Yeni Şafak Gazetesi ile Anadolu'da Vakit Gazetesi'nin 12.4.2004 tarihli sayılarında yayımlanan "Prostat buharlaşıyor. Kesintisiz hayat başlıyor" başlıklı reklamının, hastanenin sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikte olduğu, mevzuatta öngörülen ilke ve kurallara aykırı nitelikte bulunmadığı belirtilerek dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, uyuşmazlık konusu reklamın, 4077 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürerek mah-

²⁸⁰ www.legalbank.net.

keme kararının kanun yararına bozulması isteğiyle Danıştay Başkanlığı'na başvurmuştur.

Danıştay Başsavcılığı'nca, anılan idare mahkemesi kararının, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizden kanun yararına bozulması istenilmektedir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinde, ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olması gerektiği belirtilmiş, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ile örtülü reklam yapılamayacağı kurala bağlanmıştır. 17. maddesinin birinci fıkrasında, Reklam Kurulunun, 16. madde hükümlerine aykırı reklam ve ilanları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası vermeye yetkili olduğu belirtilmiştir. 25/8. maddesinde ise, 16 ncı maddeye aykırı hareket edenler hakkında Reklam Kurulu tarafından ihlalin niteliğine göre birlikte veya ayrı ayrı üç aya kadar tedbiren durdurma, durdurma, düzeltme veya altıbin Türk Lirası idari para cezası verileceği, 16 ncı maddeye aykırılık, ülke düzeyinde yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlar ile gerçekleşmiş ise, idari para cezasının on katı olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 24 üncü maddesinde, icrayı sanat eden tabiplerin, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmalarının yasak olduğu kurala bağlanmıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 8 inci maddesinde, tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemeyeceği, tabip ve dış tabiplerinin her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamayacağı belirtilmiş; 9 uncu maddesinde, tabip ve dış tabibinin, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacağı ilanlarda ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubesini, akademik unvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

28.5.2004 tarih ve 25475 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yönetmelikle değişik Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 60. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında "Özel hastaneler; tıbbi deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep yaratmaya yönelik, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibamı uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı ismi dışında başka bir isim kullanamazlar.

Özel hastaneler tarafından; sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez."

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 8 inci maddesinde, tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemeyeceği, tabip ve dış tabiplerinin her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamayacağı belirtilmiş; 9 uncu maddesinde, tabip ve dış tabibinin, gazete ve sair neşir vasıtaları ile

yapacağı ilanlarda ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubesini, akademik unvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, 14.6.2003 tarih ve 25138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5/a maddesinde, reklamların yasalara, genel ahlaka uygun, doğru, dürüst ve gerçekçi olmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine göre, sanatını serbest olarak icra eden tabipler ile sağlık kurum ve kuruluşlarının gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacakları ilanlara, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene gün ve saatleri ile ihtisaslarını ve akademik unvanlarını yazabilecekleri, belirtilen hususlar dışında ilan ve reklam vermeyecekleri, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda ve talep yaratmaya yönelik faaliyetlerde bulunmayacakları, çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, 12.4.2004 tarihinde Yeni Şafak ve Anadolu'da Vakit Gazetelerinde yayımlanan "Prostat buharlaşıyor. Kesintisiz hayat başlıyor" başlıklı reklam ve devamında "Greenlight teknolojiyle prostat nasıl buharlaşıyor?" sorusuna verilen cevaplardan sonra, Emekli Sandığı mensupları ve tüm memurların muayene, teşhis ve tedavilerinin özel hastanelerde de yapıldığı belirtilerek prostat tedavisi yönünden talep yaratmaya yönelik ve aynı zamanda diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan nitelikteki yazıların reklam niteliğinde olması, içeriğinde yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin yasakladığı reklamların da bulunduğu sonucuna ulaşılmaması karşısında, 4077 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine aykırılık nedeniyle davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesince; yukarıda yapılan açıklama ve değinilen mevzuata göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın kanun yararına bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığı tarafından yapılan kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 16.11.2005 tarih ve 2004/2865, K: 2005/1633 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına, kararın birer örneğinin ilgili Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine ve kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasına, 27.03.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

9. Danıştay 10. Daire, 27.3.2009 tarihli, E: 2006/5677, K: 2009/2342²⁸¹

ÖZETİ: Davacının sahibi olduğu özel tıp merkezi ile ilgili olarak Gazetede yayımlanan "Gözlüksüz bir hayat için Laser" başlıklı, LASIK yöntemi ile gözlük ve lenslerinizden 5-10 dakikada kurtulabilirsiniz. Ertesi gün işinize başlayabilirsiniz. "FAKO yöntemi ile dikişsiz katarakt ameliyatı." ibarelerinin yer aldığı, tıp merkezinin adının ve internet adresinin yazılı olduğu reklamın, mevzuata aykırı olduğu tespit edilerek davacı vakfa 3.500 TL idari para cezası verildiği anlaşılmaktadır. İdare Mahkemesi Hakimliği'nce, uyuşmazlık konusu reklamın, sağlık kuruluşunun sunmakta oldu-

²⁸¹ www.legalbank.net.

ğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikte olduğundan, kanuna aykırı olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş ise de; söz konusu reklamda bulunan ibarelerin, sağlık kuruluşlarının çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri, benzer nitelikteki kuruluşlar arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamayacaklarına ilişkin düzenlemeye aykırı olması karşısında, davacıya idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İstemin Özeti: Davacı vakfın sahibi olduğu tıp Merkezinin, Anadolu'da Vakit Gazetesi'nin 27.12.2002 tarihli sayısında yayımlanan "Gözlüksüz bir hayat için Laser" başlıklı reklamının, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesine aykırı olduğundan bahisle 3.500 TL idari para cezası verilmesine ilişkin 2.1.2004 tarih ve 13155 sayılı işlemin iptaline karar veren Ankara 5. İdare Mahkemesi Hakimliği'nin 12.12.2005 tarih ve E: 2004/1477, K: 2005/2011 sayılı kararının; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın başvurusu üzerine Danıştay Başsavcılığı tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca kanun yararına bozulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Erkan Yılmaz

Düşüncesi: "Gözlüksüz bir hayat için Laser" başlıklı reklamın, 4077 sayılı Yasa'yı ihlal ettiği gerekçesiyle, davacı vakfa 3.500,00 TL idari para cezası verilmesine ilişkin 2.1.2004 tarih ve 13155 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesi Hakimliği'nce, uyumsuzluk konusu reklamın, sağlık kuruluşunun sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikte olduğundan bahisle 4077 sayılı Yasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ise de; Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesinde yer alan, sağlık kuruluşlarının çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri, benzer nitelikteki kuruluşlar arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamayacaklarına ilişkin düzenleme karşısında, 4077 sayılı Yasa'nın 16. maddesinde düzenlenen kurala aykırı bulunan reklam nedeniyle aynı Yasa hükümleri uyarınca tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık görülmediğinden, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen idare mahkemesi hakimliği kararının, 2577 sayılı Yasa'nın 51. maddesi uyarınca kanun yararına ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü.

Dava, davacı vakfın sahibi olduğu tıp Merkezinin Anadolu'da Vakit Gazetesi'nin 27.12.2002 tarihli sayısında yayımlanan "Gözlüksüz bir hayat için Laser" başlıklı reklamının, 4077 sayılı Yasa'nın 16. maddesine aykırı olduğundan bahisle 3.500 TL idari para cezası verilmesine ilişkin 2.1.2004 tarih ve 13155 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi Hakimliği'nce; uyumsuzluk konusu reklamın, sağlık kuruluşunun sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikte olduğu, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmeliğin 58. maddesi ile Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğin 4. maddesinin (a) ve (b) fıkraları ile 6. maddesinin (a) fıkrası hükümleri ile öngörülen ilke ve kurallara aykırı nitelikte bulunmadığı belirtilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, uyuşmazlık konusu reklamın, 4077 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürerek mahkeme kararının kanun yararına bozulması isteğiyle Danıştay Başkanlığı'na başvurmuştur.

Danıştay Başsavcılığı tarafından; uyuşmazlık konusu reklamda bulunan ibarelerin, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesinde yer alan, sağlık kuruluşlarının çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri, benzer nitelikteki kuruluşlar arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamayacaklarına ilişkin düzenlemeye, dolayısıyla, 4077 sayılı Yasa'nın 16. maddesine aykırı olması nedeniyle dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı düşüncesiyle idare mahkemesi hakimliği kararı kanun yararına temyiz edilmiştir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinde, ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olması gerektiği belirtilmiş, tüketiciyi aldatici, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ile örtülü reklam yapılamayacağı kurala bağlanmıştır. 17. maddesinin birinci fıkrasında, Reklam Kurulunun, 16. madde hükümlerine aykırı reklam ve ilanları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası vermeye yetkili olduğu belirtilmiştir. 25/8. maddesinde ise, 16 ncı maddeye aykırı hareket edenler hakkında Reklam Kurulu tarafından ihlalin niteliğine göre birlikte veya ayrı ayrı üç aya kadar tedbiren durdurma, durdurma, düzeltme veya altıbin Türk Lirası idari para cezası verileceği, 16 ncı maddeye aykırılık, ülke düzeyinde yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlar ile gerçekleşmiş ise, idari para cezasının on katı olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 24 üncü maddesinde, icrayı sanat eden tabiplerin, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmalarının yasak olduğu kurala bağlanmıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8 inci maddesinde, tabiplik ve diş tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemeyeceği, tabip ve diş tabiplerinin her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamlarını yapamayacağı belirtilmiş; 9 uncu maddesinde, tabip ve diş tabibinin, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacağı ilanlarda ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan ihtisas şubesini, akademik unvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, işlemin dayanağı olarak gösterilen 21.12.1995 tarih ve 22500 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğin 4 üncü maddesinin (a) bendinde; "Reklamlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru, dürüst ve gerçekçi olmak zorundadır."; (b) bendinde, "Her reklam ekonomik ve toplumsal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmak zorundadır."; 6 ncı maddesinin (a) bendinde, "Reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde olamaz." hükmü yer almıştır.

İşlem tarihinde yürürlükte bulunan 9.3.2000 tarih ve 23988 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in "reklam, tanıtım ve bilgilendirme" başlıklı 58 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; sağlık kuruluşlarının çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamayacakları belirtilmiş; 3 üncü fıkrasında, sağlık kuruluşları ve çalışanlarının yukarıda açıklanan hususlara riayet etmek ve reklam, tanıtım, bilgilendirme niteliğindeki her türlü faaliyetleri için İl Sağlık Müdürlüğünden izin almak zorunda oldukları öngörülmüştür.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine göre, sanatını serbest olarak icra eden tabipler ile sağlık kurum ve kuruluşlarının gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacakları ilanlara, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene gün ve saatleri ile ihtisaslarını ve akademik unvanlarını yazabilecekleri, belirtilen hususlar dışında ilan ve reklam veremeyecekleri, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunmaları ve çalışmalarına ticari bir görünüm vermelerinin yasak olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının sahibi olduğu özel tıp merkezi ile ilgili olarak 27.12.2002 tarihli Anadolu Vakit Gazetesinde yayımlanan "Gözlüksüz bir hayat için Laser" başlıklı, LASIK yöntemi ile gözlük ve lenslerinizden 5-10 dakikada kurtulabilirsiniz. Ertesi gün işinize başlayabilirsiniz. "FAKO yöntemi ile dikişsiz katarakt ameliyatı." ibarelerinin yer aldığı, tıp merkezinin adının ve internet adresinin yazılı olduğu reklamın, 1219 sayılı Kanununun 24. maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8 ve 9. maddeleri ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 58. maddesine aykırı olduğu tespit edilerek 4077 sayılı Kanununun 25/8. maddesi uyarınca davacı vakfa 3.500 TL idari para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesi Hakimliği'nce, uyuşmazlık konusu reklamın, sağlık kuruluşunun sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikte olduğundan, 4077 sayılı Yasa'ya aykırı olamadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş ise de; söz konusu reklamda bulunan ibarelerin, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesinde yer alan, sağlık kuruluşlarının çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri, benzer nitelikteki kuruluşlar arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamayacaklarına ilişkin düzenlemeye aykırı olması karşısında, davacıya 4077 sayılı Yasa hükümleri uyarınca idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, yukarıda yapılan açıklama ve değinilen mevzuata göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararının kanun yararına bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığı tarafından yapılan kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesinin 12.12.2005 tarih ve E: 2004/1477, K: 2005/2011 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına, kararın birer örneğinin ilgili Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile

Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine ve kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasına, 27.03.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

VIII. DEĞERLENDİRME

Tüm önemine ve özelliklerine rağmen sağlık hizmetleri de diğer birçok hizmet gibi, devlet tekelinde olmayan, özel sektörün de serbestçe faaliyet gösterebileceği bir alandır.

Özel sektörün faaliyet gösterdiği alanlarda ise, liberal ekonominin temel kuralı SERBEST REKABET egemendir. Yasalar sadece haksız rekabeti önlemeye çalışır, bunun dışında her türlü rekabet ve yarış serbesttir.

Bu temel kuralı sağlık hizmetleri konusunda uygulamaya kalkınca çevremizin “rekabet yasağı” ile kuşatılmış olduğunu görüyoruz. Bu rekabet yasağı hekimin şahsında başlıyor, sağlık kuruluşları ve ilaçlarla sürüyor.

a) Sağlık Personeli Açısından

Sağlık personeli hakkındaki reklam yasakları:

- 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda²⁸²
- 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununda²⁸³
- 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanununda²⁸⁴
- 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun²⁸⁵
- 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Hakkında Kanun²⁸⁶ düzenlenmiştir.

Ancak, her Kanunda reklam yasağı aynı biçimde yer almamış, 1219 s. Kanunda “diğer suretlerle reklam ve ilan yasaktır”, 6023 sayılı Kanunda “sinema, radyo müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü reklam yasaktır”, 3224 sayılı Kanunda “her türlü araçla ve kişiyle reklam yapılması yasaktır”, 5193 sayılı Kanunda “gerçeğe uymayan reklam yapılması yasaktır”, 6343 sayılı Kanunda “kanunda men edilmiş her türlü reklam ve propaganda yasaktır” biçiminde farklı ifadelerle yer verilmiştir. Kanunların bir kısmı her türlü reklamı yasaklarken bir kısmı gerçeğe uymayan reklamı yasaklamıştır.

Serbest meslek erbabının²⁸⁷ ürünlerini tanıtmak için, reklam yapması temel hakkıdır ve mesleğinin gereğidir. Sağlık personeli de (hekim, dış tabibi, eczacı, veteriner), kendilerini tanıtmak amacıyla, gerçeğe uygun olarak, abartmamak, tanıtım ve bilgilendirme ağırlıklı olarak tedavi yöntemlerini, uzmanlıklarını duyurabilmeli, bu konularda kamu oyunu bilgilendirebilmelidir. Bunun adına reklam da desenez tanıtım

²⁸² Bkz. dn. 181.

²⁸³ Bkz. dn. 183.

²⁸⁴ Bkz. dn. 188.

²⁸⁵ Bkz. dn. 190.

²⁸⁶ Bkz. dn. 191.

²⁸⁷ Sanayici, tüccar, esnaf kazanç için belli bir işyeri açıp vergi vererek çalıştığı gibi, tabip, dış tabibi, eczacı da bir işyeri (muayenehane, büro, klinik) açarak faaliyette bulunacak ve ürünlerini (!) tanıtmak isteyecektir.

da deseniz bu kaçınılmazdır. Hasta haklarının başında yer alan “hekim seçme” bilgilendirme hakkının en doğal sonucudur.²⁸⁸

Hekimin kendisini ve uzmanlığını tanıtmak amacıyla yapacağı tanıtımları da reklam yasağı içinde düşünmemek gerekir.

Türk Tabipler Birliği'nin 1.2.1999 tarihinde yayınlanmış olan Meslek Etiği Kuralları arasında 11. maddede “*Ticari Amaç ve Reklam*” konusunu düzenlenmiştir.²⁸⁹ Buna göre, hekim mesleğini icra ederken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmasına ticari bir görünüm veremez, haksız rekabete yol açamaz.

Hekimin öncelikli görevi hastalıkları önlemek ve bilimsel gereklere göre hastaları iyileştirmeye çalışmak, insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır (etik kuralları m. 5). Bu konuda başarılı olmak için hekimin tıp alanındaki gelişmeleri, buluşları, tedavi yöntemlerini, yeni ilaçları yakından izlemesi gerekir. Bu konuda kendini güncelleyen hekimle, gelişmelere ilgi duymayan hekim arasında bir farkın da oluşturulması gerekir. Bu konuda hem meslek kuruluşları (TTB, Tabip Odaları), hem de hekimlerin bizzat kendileri gereken tanıtımı yapmak zorundadır. Bu tanıtımın reklam sayılması mümkün değildir. Yeter ki, gerçekleri yansıtsın, haksız rekabet veya tüketicinin korunması yasasındaki ilkeler ters düşmesin.²⁹⁰

b) Sağlık Kuruluşları Açısından

Sağlık kuruluşları ile ilgili reklam yasakları:

- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde,²⁹¹
- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte,²⁹²
- Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte,²⁹³
- Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelikte,²⁹⁴
- Ambulans ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliğinde,²⁹⁵
- Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliğinde,²⁹⁶
- Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte,²⁹⁷
- Kaplıcalar Yönetmeliği,²⁹⁸

²⁸⁸ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği, RG. 1.8.1998, 23420, m.7 Bilgi İsteme; m. 8 Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme. Bütün bu haklar ancak başta hekim olmak üzere sağlık personelinin ve sağlık kuruluşunu yeterince tanımakla mümkündür. Bu da ancak doğru, yanıltıcı olmayan bir reklam, tanıtım ve bilgilendirme ile mümkündür.

²⁸⁹ Bkz. Yukarıda “Tıbbi Etik Açısından Reklam Yasağı” başlığı altındaki açıklamalar.

²⁹⁰ 23.2.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG. 8.3.1995, 22221.

²⁹¹ Bkz. dn. 216.

²⁹² Bkz. dn. 223.

²⁹³ Bkz. dn. 227.

²⁹⁴ Bkz. dn. 231.

²⁹⁵ Bkz. dn. 234.

²⁹⁶ Bkz. dn. 236.

²⁹⁷ Bkz. dn. 237.

- Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte,²⁹⁹

- İlyardım Yönetmeliğinde,³⁰⁰

- Optisyenlik Müessesesi Hakkında Yönetmelikte,³⁰¹

- Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelikte³⁰² yer almış bulunmaktadır.

Özel sağlık kuruluşları ile ilgili yasalarda³⁰³ yer almayan açık bir reklam yasağına, sağlık kuruluşlarına ilişkin bazı özel yönetmeliklerde rastlanmaktadır. Ancak, buradaki yasaklar da hekimlere ilişkin reklam yasakları kadar katı ve kategorik olmayıp, bilgi verme ve tanıtımı reklam kavramı dışında düşünmektedir. Ancak, bu Yönetmelikler de reklam konusunda kendi aralarında farklı hükümler içermektedir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne göre "...özel hastaneler.. diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar."

"...sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir..."

"Özel hastaneler; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir. (m. 60)"

Yönetmelik reklam yasağı ile ilgili bir hüküm içermemekte sadece haksız rekabeti yasaklamaktadır. Bunun dışında tanıtım ve ilan serbest bırakılmıştır. Bilgi verme amacıyla yapılacak tanıtımlar ve ilanlar reklam sayılmamış, yasaklanmamıştır.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğe göre, "tıbbi deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren, talep yaratmaya yönelik, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış veya yerleşik tıbbi metot haline gelmemiş uygulamalara dayalı tanıtım yapılamaz ve diğer sağlık kuruluşları aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunulamaz (m. 29)."

Görüldüğü gibi bu Yönetmelik de reklamı yasaklamamış, haksız rekabeti yasaklamıştır. Bunun dışında tanıtım ve ilan serbest bırakılmıştır.

Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, "Sağlık kuruluşları ve çalışanları her ne surette olursa olsun; kuruluşları, kuruluşlarının sundukları hizmet, uyguladıkları tam ve tedavi yöntemleri ya da kullandıkları her türlü cihaz ve benzeri araçlar ile ilgili kitle iletişim araçları, elektronik ortam, görsel-işitsel araçlar, yazılı materyaller veya benzeri nitelikteki araçlar ile doğrudan ve dolaylı olarak tüketici konumundaki kitleye yönelik reklam ve tanıtım yapamazlar... rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar. An-

²⁹⁸ Bkz. dn. 239.

²⁹⁹ Bkz. dn. 240.

³⁰⁰ Bkz. dn. 245.

³⁰¹ Bkz. dn. 241.

³⁰² Bkz. dn. 243.

³⁰³ Bunların başında 24.5.1933 tarihli 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu gelmektedir, RG. 5.6.1933, 2419.

cak, sadece özel sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte söz konusu sağlık kuruluşunun faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsi tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren yazılı veya görsel işitsel eğitim materyalleri hazırlayabilirler.” Ancak, bu materyaller için önceden izin almak zorundadırlar. Bu materyallerde yalnız kuruluşun ismi, adresi ve telefonu yer alabilir. Bunun dışında materyali hazırlayanların adı, unvanı, uygulanan tanı veya tedavi yöntemleri, kullanılan cihaz ve malzemelerle ilgili reklam, tanıtım ve bilgi verilemez (m. 32).

Ankara 8. İdare Mahkemesi 2005 tarihli bir kararında³⁰⁴ bir diş hastanesinin implant, peodonti, ortodonti, tanı teşhis yöntemleri, genel anestezi, diş tedavileri başlıklı broşürlerini reklam sayarak, Kanunun reklam yasağına aykırı bulmuştur. Burada reklam yasağını getiren Kanun değil Yönetmeliktir. Dolayısıyla Yasada olmayan reklam yasağını getiren Yönetmelik Yasaya aykırıdır. Yayınlanan ve dağıtılan broşürün amacı reklam değil, tanıtım ve bilgilendirmektir. Reklam ile bilgilendirme ve tanıtım arasındaki farkı çözmek de kolay değildir. Reklam ancak gerçeklere aykırı ise, haksız ise, tanıtım sınırlarını aşarak haksız reklama girdiği düşünülebilir.³⁰⁵

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik³⁰⁶ ise 18/14. maddesinde geniş bir reklam yasağı getirmektedir. Bu maddeye göre, “*Bu Yönetmelikte belirlenen ÜYTE uygulamaları ve Yönetmelik dışı uygulamalar konusunda bilgilendirme amacıyla da olsa tüm basın ve iletişim araçları ile reklam yapılması yasaktır.*” Görüldüğü gibi burada oldukça kapsamlı bir reklam yasağı getirilmiştir. Araç olarak tüm iletişim vasıtaları da yasak kapsamına alınmıştır.

Ambulans ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği de³⁰⁷ 33. maddesinde “*Reklam, Tanıtım ve Bilgilendirme*” başlığı altında “*tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve ruhsatında yazılı hizmetlerinden başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibamı uyandıran, diğer servisler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar.*”

Ancak, ambulans servisleri “*sağlığı koruyucu, acil sağlık hizmetlerini tanıtıcı ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir.*” Ayrıca, oluşturulan internet sitelerinde tedaviye yönelik olmamak koşuluyla her türlü sağlık bilgisi verilebilecek, yazan kişi ve kariyeri de belirtilecektir.

Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği³⁰⁸ de katı bir reklam yasağı içermektedir. Yönetmeliğin 24. maddesine göre: “*Kordon kanı bankacılığı hakkında herhangi bir yolla reklam yapmak yasaktır. Bankalar kordon kanı bankacılığı çalışmalarına ticari bir görünüm*” veremezler. Burada reklam yasağı yanında bir de ticari görünüm yasağı getirilmiştir. Bir hizmet, sağlık hizmeti de olsa, özel sektör kamu hizmeti de yapsa (sağlık, taşımacılık, ulaşım, eğitim) asıl hedefi kar etmektir. Amacı kar olan bir ku-

³⁰⁴ 28.6.2005, E:2005/3306, K:2005/913 (AYGÜN, s. 53, dn. 122).

³⁰⁵ Bkz. Ve karşı AYGÜN, s. 53-54.

³⁰⁶ Bkz. dn. 231.

³⁰⁷ Bkz. dn. 234.

³⁰⁸ Bkz. dn. 236.

rum, kendisine ticari görünüm vermeden, kendisini tanıtmadan, reklamını yapmadan, faaliyetini ve karlılığını nasıl sürdürecektir?

Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik'in³⁰⁹ 21. maddesine göre, bu laboratuvarlarda düzenlenen analiz raporları reklam amacıyla kullanılamaz, raporların gizliliği esastır. Ancak, bu raporların Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun 16. maddesine uygun olduğu takdirde reklamlarda kullanılmasının mümkün olduğu da ileri sürülmektedir.³¹⁰

Kaplıcalar Yönetmeliği de³¹¹ 36. maddesinde “*Tıbbi Değerlendirme Kurulunun öngördüğü tedavi unsurlarının dışında tedavi unsurları belirtilerek basın, yayın, broşür ve benzeri yollarla reklam ve herhangi bir şekilde aslına uygun olmayan tanıtım yapılması yasaktır.*” demektedir, aksi halde 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 765 sayılı (şimdi 5237 sayılı) Türk Ceza Kanunu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanacağını vurgulamaktadır.

Burada da aslına uygun olmayan, gerçeğe aykırı tanıtımlar yasaklanmakta, özellikle 19. dipnotta vurguladığımız 4077 sayılı Kanununun 16. maddesinin dikkate alınması hatırlatılmaktadır.

Optisyenlik Müesseseleri Hakkında Yönetmelik³¹², 24. maddesinde insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici veya optisyenlik müesseseleri arasında haksız rekabete yol açacak şekilde yazılı basın, televizyon, radyo veya diğer yayın araçları yolu ile tanıtım ve reklam yapılamayacağı, yapılan reklamların niteliklerinin serbest piyasa ve rekabet kurallarına yakışır ve uygun olması gerektiği vurgulanmaktadır. Burada da “*haksız rekabet*” vurgulanmakta ve diğer düzenlemelerden farklı olarak “*reklamların nitelikleri serbest piyasa ve rekabet kurallarına yakışır ve uygun olması gerektiği*” belirtilmektedir. İşte reklam konusunda 4077 sayılı Kanununun 16. maddesi yanında bu temel kural da dikkate alınmalı, genel ve soyut reklam yasakları

³⁰⁹ Bkz. dn. 237.

³¹⁰ AYGÜN, s. 62; 4077 sayılı Kanununun 16. maddesinde “*Ticari Reklamlar ve İlanlar*” düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, “*Ticari reklam ve ilânların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır.*

Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilânlar ve örtülü reklam yapılmaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.”

Görülüyor ki, madde birçok konuya ışık tutucu, soyut reklam yasaklarını somuta indiren bir düzenlemeye sahiptir. Bu nedenle tüm reklam yasaklarında dikkate alınması gereken bir düzenlemedir. Gerçi madde reklamların, Reklam Kurulunun belirleyeceği ilkelere uygun olmasını vurgulayarak Kurula bu konuda geniş bir yetki vermiş görünüyorsa da, maddenin devamındaki “*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.*” diyerek, reklam yasağı konusunda geniş bir serbest alan oluşturmuş ise de, bu rahatlama Reklam Kurulunun ve Mahkemelerin 16. maddedeki prensipleri öncelikli olarak uygulamalarına bağlıdır.

³¹¹ Bkz. dn. 239.

³¹² Bkz. dn. 241.

yerine, haksız rekabete yol açan, serbest piyasa kurallarına aykırı, gerçek dışı reklamlar yasaklanmalıdır.

Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik³¹³ 28. maddesinde, bu alanda reklam, tanıtım ve bilgilendirmeyi düzenlemektedir. Bu maddeye göre, Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticari bir görünüm veremez, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar. Sadece sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, sağlığı geliştirici, koruyucu şahsi tedbirleri aracılığı içeren eğitim materyalleri, Müdürlükten izin alarak kullanabilirler. Burada rekabetten söz edilmektedir. Haksız rekabet denmeliydi. Zira aynı alanda çalışanlar serbest piyasa kuralları çerçevesinde zaten rekabet içindedirler. Ayrıca Yönetmelik reklam için İl Sağlık Müdürlüğünden izin alınmasından da söz etmektedir. Burada maddeler arasında uyumsuzluk dışında, İl Sağlık Müdürlüğüne reklam konusunda yetki de verilmektedir ki, bu da bu konudaki mevcut düzenlemelere aykırıdır.

İlkyardım Yönetmeliği'nin³¹⁴ 28. maddesine göre, "*Eğitimci Eğitimi Veren Kuruluş ve Merkez bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez.*" 30. madde de "*insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici ve yanlış yönlendirici reklam, tanıtım ve bilgilendirmede*" bulunulamayacağından söz edilmektedir. Kuşkusuz faaliyet alanına girmeyen konularda reklam yapılamayacağı gibi, yanlış yönlendirici, yani haksız rekabete yol açıcı, gerçek dışı reklamlar da yapılamayacaktır.

c) İlaç, Eczacı ve Eczaneler Açısından

Sağlık hizmetlerinde reklamın son basamağı ilaç reklamlarıdır. Bu konuda da ilaç, eczacı ve eczane reklamını yasaklayan düzenlemeler mevcuttur. Değerlendirmenin son bölümünde bu mevzuata değinilecektir.

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu³¹⁵ 13. maddesinde "*Müstahzarları övme yolunda ve bunlara malik olmadıkları şifa hassaları atıf veya mevcut şifai tesirleri büyütmek suretiyle sabit veya müteharrik sinema filimleri, ışıklı veya ışiksiz ilân, radyo veya herhangi bir vasıta ile reklâm yapılması memnudur*" demektedir. Görüldüğü gibi, burada da yasak olan reklam değil, yanıltıcı reklamdır. İlaçlarda mevcut özelliklerin belirtilmesi değil, olmayanların açıklanması reklam sayılıp, bunlar yasaklanmıştır. Ayrıca, tarifelerde ve gazetelerde ilaçların hangi hastalıklara iyi geldiğini belirten ilanlar serbest bırakılmış, ancak burada da reçeteli ilaçların sadece tıbbi mecmualarda reklamına izin verilmiştir. Yani reçetesiz satılan ilaçlar hakkında her türlü araçla reklam yapılabilecek, reçeteli ilaçlar sadece tıp dergilerinde tanıtılabilecektir. Bu ayırım da bize tutarsız gelmektedir. Tanıtım amacıyla yapılacak dürüst reklamlar, ilaç reçeteli de reçetesiz de olsa yapılabilir. Ayrıca, reçeteli ilaç hekim denetiminden geçeceği için daha güvenli kullanılacak, reçetesiz ilaç ise, denetimsiz rastgele kullanılacağı için daha tehlikeli olacaktır.

³¹³ Bkz. dn. 242.

³¹⁴ Bkz. dn. 245.

³¹⁵ Bkz. dn. 248.

6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu³¹⁶ 20. maddesinde Türk Eczacılar Birliği Yönetim Kurulunun görevleri arasında, eczaneler ve müstahzanlar hakkında meslek adabına ve bu husustaki Kanun hükümlerine aykırı reklam, ilan ve propagandanın önlenmesine de yer vermiştir.

Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü³¹⁷ ise 9. maddesinde "...eczacı, yazı veya sözle veya her ne şekilde ve suretle olursa olsun kendi reklamını yapamaz; iş kağıtlarına ve faturalara reklam mahiyetinde ibareler koyamaz" demektedir. Ancak, bu hüküm de çok genel ve soyuttur. Ne zaman reklam yapılmış olacak belli değildir. Diğer metinlerde, tanıtım, bilgilendirme kabul edilip, burada yazılı ve sözlü her türlü reklamın yasaklanmış oluşu tereddütler uyandırmaktadır. Haksız rekabete yol açmayacak, haklı ve doğru bilgilendirmeleri de reklam sayarak yasaklamak, eczacıların ticari, kar amaçlı faaliyetlerini haksız yere kısıtlamak olacaktır.

İlaç tanıtımı ile ilgili temel düzenleme "*Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik*"³¹⁸ ile getirilmiştir. Yönetmelik, Beşeri Tıbbi Ürünlerin (ilaçlar da bu kapsamdadır) tıbbi-bilimsel özellikleri hakkında sağlık meslek mensuplarını bilgilendirme ve ürün tanıtım ve numune dağıtım faaliyetlerini düzenlemektedir. Yönetmeliğin 5/3. maddesi beşeri tıbbi ürünlerin internet dahil halka açık yayın yapılan her türlü medya ve iletişim ortamında program, film, dizi film, haber ve benzeri yollarla doğrudan veya dolaylı olarak topluma tanıtımını yasaklamaktadır. Ancak, Bakanlığın izni ile ürünün piyasaya arz edildiği sağlık meslek mensuplarına gazete veya dergi ile duyurulabilecektir.

Yönetmelik yer yer diğer düzenlemelerle ve yer yer de kendi içinde çelişkilerle doludur. Ürünlerin medya ve iletişim araçları ile halka duyurulması yasaklanmış, hekim, diş hekimi ve eczacıya tanıtımı serbest bırakılmıştır. Ürünün piyasaya arz edildiği Sağlık Bakanlığının izni ile gazete ve dergi vasıtasıyla ancak sağlık meslek mensuplarına duyurulabilecektir. Gazete ve dergideki ürün arzının nasıl sadece meslek mensupları ile sınırlanabileceği hükmü ise hem diğer düzenlemeler, hem bu Yönetmelik hükmüyle çelişmekte, düzenlemelerin özenden uzak kaleme alındığına çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır.

d) Yargı Kararları Açısından

Sağlık hizmetlerine ilişkin reklam yasağı değişik yargı kararlarında da dile getirilmiştir. Ancak, kararlarda hangi Yasa veya Yönetmelik uygulanacaksa oradaki "yasak biçimi" karara esas alınmıştır. Yasa ve Yönetmeliklerdeki reklam yasakları farklı düzenlendiğinden bu farklılık kararları da etkilemiştir. Daha önce metinlerini aktardığımız Yargı Kararlarını burada reklam yasağı açısından karşılaştırmalı olarak ele almaya çalışacağız.

³¹⁶ Bkz. dn. 250.

³¹⁷ Bkz. dn. 251.

³¹⁸ Bkz. dn. 271. 26.8.2011 tarihli bu Yönetmelik, 23.10.2002 tarihli eski Yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır.

aa) Danıştay 10. Dairesinin 13.12.2005 tarihli kararı³¹⁹

Karara konu olayda reçeteli satılması gereken ilacın tıbbi dergiler dışında reklamının yapılması konusu ele alınmış, bu konuda Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtımı Hakkında 2003 tarihli Yönetmeliğin, 1262 sayılı Kanuna aykırı bulunan bazı maddelerinin iptaline karar verilmiştir. İptal nedeni Yönetmeliğin, Yasadaki tanıtım sınırlarını genişletmesidir. Yasada tanıtımın sadece hekim, diş hekimi ve eczacıya yapılması öngörülmüşken, Yönetmelik, sınırı kaldırmakla tanıtımın topluma ve çocuklara da yapılabileceğini hükme bağlamaktadır.

bb) Danıştay 10. Dairesinin 16.5.2008 tarihli kararı³²⁰

Dava konusu olayda bir sağlık dergisinde yayınlanmış “*Belleplast’tan Yağlara Kesin Çözüm*” makalesinin reklam sayılıp sayılmayacağı, 1219 sayılı Kanun, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve 4077 sayılı Yasa açısından incelenmiş, bilirkişi raporunda yazıda yanıltıcı, yanlış yönlendirici bir unsur bulunmadığı sonucuna varılmış, karar kanun yararına bozulmuş, yazıda değişik sağlık merkezlerinin adlarının geçtiği, 4077 sayılı Yasanın 16. maddesinin tüketiciyi korumak amacıyla aldatici, yanıltıcı reklamları yasak ettiği, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yönetmeliğinin 58. maddesinde sağlık kuruluşlarının çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri, rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamayacakları hükmü gereğince, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8. maddesinde de hekimlerin yazılarında kendi reklamlarını yapamayacakları, ilanlarda sadece ad, adres, uzmanlık alanlarını, akademik unvanlarını, muayene gün ve saatlerini yazabilecekleri, kuralları birlikte değerlendirilerek söz konusu yazıda Yasaya aykırı reklamlara yer verildiği Kabul edilmiş, 4077 sayılı Yasa’nın 16. maddesine göre verilen para cezası hukuka uygun sayılmıştır.

cc) Danıştay 10. Dairesinin 11.7.2008 tarihli kararı³²¹

Dava konusu olay bir hastanenin tanıtımı amacıyla verilen bir gazete ilanıdır. Gazete ilanı ile reklam yapıldığı gerekçesiyle 4077 sayılı Kanunun 16. maddesine dayanılarak idari para cezası verilmiş, hastane cezanın kaldırılması için İdare Mahkemesine başvurmuş, İdare Mahkemesi yapılan reklamın hastanenin sunduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici türde olduğunu, reklam sayılmayacağını, idari para cezasının kaldırılması gerektiğine karar vermiştir.

Danıştay Başsavcısı Ankara 4. İdare Mahkemesinin bu kararının, 4077 sayılı Yasanın 16., 1219 sayılı Yasanın 24., Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8. ve 9., Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddelerine ayırıldığını ileri sürerek kanun yararına bozma talebinde bulunmuştur. Danıştay 10. Dairesi ise, Ankara 4. İdare Mahkemesinin kararını bozmuş, ilanın ticari nitelikte olduğunu, reklam sayıldığını ileri sürmüştür.

³¹⁹ Bkz. dn. 274, VII, 1; Danıştay 10. HD’nin 13.12.2005 t., E:2003/5945, K:2005/7622 sayılı kararı.

³²⁰ Bkz. dn. 275, VII, 2; Danıştay 10. HD’nin 16.5.2008 t., E:2005/5991, K:2008/3378 sayılı kararı.

³²¹ Bkz. dn. 276, VII, 3; Danıştay 10. HD’nin 11.7.2008 t., E:2005/9179, K:2008/5696 sayılı kararı.

dd) Danıştay 13. Dairesinin 16.3.2005 tarihli kararı³²²

Dava, Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin, tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının hizmetlerine ilişkin reklam ve tele alışveriş yasağı öngören 21/d maddesinin iptali davasıdır.

Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve 3984 sayılı Yasa'da tedavi ve rehabilitasyon kuruluşlarının verdikleri hizmetlerin reklamını yasaklayan bir düzenleme yoktur. Buna rağmen Yönetmelik, bu konuda üst hukuk kurallarına aykırı bir düzenleme getirmektedir.

Danıştay 13. Dairesi, Yönetmeliğin getirdiği reklam yasağının 3984 sayılı Kanuna (reklam yasağı sadece reçeteli ilaçları kapsar, bunun dışındaki ilaçların reklamı yapılabilir), Özel Hastaneler Yönetmeliğine, Anayasanın 124. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

ee) Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 29.1.1999 tarihli kararı³²³

Davanın konusu Danıştay 10. Dairesinin, Beşeri İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Yönetmeliğinde değişiklik yapan Yönetmeliğin iptaline ilişkin kararının temyizen incelenmesidir. Tartışma konusu, 3984 sayılı Kanunun getirdiği reçeteli ilaçların tanıtımının ancak tıbbi dergilerde yapılabileceği, diğer reçetesiz ilaçların ise dürüst, gerçekçi bir reklamının yapılabileceği hususudur. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, Danıştay 10. Dairesinin Yönetmeliğin 22. maddesini iptal eden kararını uygun bulmuştur.

ff) Danıştay İdari Davalar Daireleri Genel Kurulunun 5.11.2009 tarihli kararı³²⁴

Dava konusu olayda dış hekimleri bir radyo programında çalıştığı dış hastanesine ilişkin olarak verdiği hastanenin yeri, yapılan işleri ve ücret konularının bilgilendirme sınırlarını aşarak haksız rekabet sayılacak bir reklam oluşturup oluşturmadığıdır.

Dava Dış Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliğinin 8/a maddesinin iptali talebiyle açılmıştır.

Danıştay 8. Dairesi, 1219 s. Kanunun, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün, 3224 sayılı Kanunun reklam yasağına ilişkin hükümlerini dikkate alarak Disiplin Yönetmeliği hükmünün üst normlara uygun olduğuna, iptalinin gerekmediğine karar vermiştir.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu da 8. Daire kararını haklı bulmuştur.

gg) Danıştay 8. Dairesinin 1.11.2005 tarihli kararı³²⁵

Dava konusu olayda Özel Acıbadem Hastanesi Başhekmine reklam dolayısıyla verilen para cezasıdır. Davada, mevzuatta reklam ve ilan yasaklanmadığı halde, İstanbul Tabip Odası'nın, Türk Tabipler Birliği'nin, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün, Sağlık

³²² Bkz. dn. 277, VII, 4; Danıştay 13. HD'nin 16.3.2005 t., E:2005/213, K:2005/1558 sayılı kararı.

³²³ Bkz. dn. 278, VII, 5; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 29.1.1999 t., E:1997/423, K:1999/140 sayılı kararı.

³²⁴ Bkz. dn. 279, VII, 6; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 5.11.2009 t., E:2006/2726, K:2009/2111 sayılı kararı.

³²⁵ Bkz. dn. 280, VII, 7; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 1.11.2005 t., E:2004/1589, K:2005/4529 sayılı kararı.

Bakanlığı'nın yetkisinde olan bir konuda karar verdiklerini, bu nedenle reklam nedeniyle ceza öngören Yönetmelik hükümlerinin ve cezanın iptali istenmiştir.

Danıştay 8. Daire gazeteye verilen ilandaki, emekli sandığı mensuplarına ücretsiz tıbbi hizmet sunduğu yolundaki bilgilerin reklam yasağı kapsamına girdiğine, hekimlerin reklam yapmalarının, rekabet yapmalarının meslek etiği ile bağdaşmadığına, reklamı yasaklayan ve cezalandıran Yönetmelik hükümlerinin üst normlara uygun (1219 s. Kanun, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü) olduğuna, iptallerinin gerekmediğine karar vermiştir.

hh) Danıştay 10. Dairesinin 27.3.2009 tarihli kararı³²⁶

Dava konusu olay, Emekli Sandığı mensuplarına “*Prostat buharlaşıyor, kesintisiz hayat başlıyor*” konulu ilanın reklam sayılıp, ilanı veren Medipol Hastanesinin cezalandırılmasıdır. Tetkik hakimi ilanı, 1219 s. Kanununun 24. maddesine, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8, 9. maddelerine, Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesine aykırı bulup cezanın uygun olduğu düşüncesinde olduğunu belirtmiştir.

Ankara 4. İdare Mahkemesi ilanın hastanenin sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikte olduğuna, mevzuatta öngörülen ilke ve kurallara aykırı olmadığına karar vermiştir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı kararın 4077 sayılı Tüketici Kanununa aykırı olduğunu ileri sürerek Danıştay Başkanlığına başvurmuş ve kararın kanun yararına bozulmasını istemiştir.

Danıştay Başsavcılığı, İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek temyizen kanun yararına bozulmasını istemiştir.

İlan, 4077 s. Kanununun 16. maddesine, 1219 s. Kanununun 24. maddesine, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8. maddesine, Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesine, 14.6.2003 tarihli Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5/a maddesine aykırı olduğu, sanatını serbest olarak icra eden tabipler ve sağlık kuruluşlarının ilanlarında sadece hasta kabul yer ve saatlerini, akademik unvanlarını yazabilecekleri, bunun dışında ilan ve reklam veremeyecekleri, rekabete yol açıcı, talep yaratmaya yönelik, ticari görünümde faaliyet yapamayacakları gerekçeleri ile mevzuata aykırı bulunmuş, verilen cezanın uygun olduğu gerekçesiyle, 10. Daire tarafından kanun yararına bozulmuştur.

ıı) Danıştay 10. Dairesinin 27.3.2009 tarihli kararı³²⁷

Dava konusu olay, “*gözlüksüz hayat için laser*” ilanı.

Tetkik hakimi, ilanı, sağlık kuruluşunun sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikte olduğunu ileri sürerek 4077 sayılı Kanuna aykırı olmadığını ileri süren İdare Mahkemesi kararının, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yönetmeliği'nin 58. maddesine aykırılığını ileri sürerek kanun yararına bozulmasını önermiştir.

10. Daire Ankara 5. İdare Mahkemesinin cezanın iptaline ilişkin kararını, ilanı 4077 s. Kanununun 16. maddesine, 1219 s. Kanununun 24. maddesine, Tıbbi Deontoloji

³²⁶ Bkz. dn. 281, VII, 8; Danıştay 10 HD., 27.3.2009 t., E:2006/3738, K:2009/2340 sayılı kararı.

³²⁷ Bkz. dn. 282, VII, 9; Danıştay 10 HD., 27.3.2009 t., E:2006/5677, K:2009/2342 sayılı kararı.

Nizamnamesinin 8. maddesine, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yönetmeliğinin 58. maddesine aykırı bularak, reklam saymış ve İdare Mahkemesi kararını kanun yararına bozmuştur.

VIII. SONUÇ

Sağlık hizmetleri konusundaki reklam yasağına ilişkin tespitlerimiz:

1. Sağlık hizmetleri ile reklam bağdaştırılmıyor. Toplum hekime ve onun egemenlik alanı olan sağlık hizmetlerine büyük ilgi ve saygı besliyor. Hekimin kendini topluma tanıtmaması, yeteneklerini sergilemesini, bir ölçüde kendini övmesini istemiyor.

Oysa sağlık hizmetleri de diğer bir çok hizmet gibi artık saf bir kamu hizmeti değildir. Kamunun yanında özel sağlık kuruluşları ve serbest çalışan hekimler de yerlerini almaktadır. Ne kadar görmezden gelsek de serbest piyasa ekonomisinin olmazsa olmazı REKABET bu alanda da kendisini göstermektedir, gösterecektir. Belli bir kalkınma düzeyi ile gelinen refah çizgisi, her üründe olduğu gibi sağlık ürünlerinde de kendisini hissettirecektir.

Sağlık hizmetleri ücretsiz veya düşük ücretle, primli sistem (sosyal sigorta) veya primsiz sistem (sosyal yardım ve sosyal hizmetler) tarafından sunulsa da isteyen daha üst daha konforlu düzeyde sağlık hizmeti alması engellenemez. Sağlık alanında temel ilkelerden biri olan “hekim seçme/sağlık kuruluşunu seçme” özgürlüğü engellenemez. Hastanın tedaviyi reddetme özgürlüğü, hekim ve sağlık kuruluşu seçme özgürlüğü ile bir bütün oluşturur. Hastaya istemiyorsa tedavi dayatılamayacağı gibi, hekim ve sağlık kuruluşu da dayatılamaz.

2. Hekim ve sağlık kuruluşu seçme özgürlüğü, serbest piyasa ekonomisi kuralları içinde hekim ve sağlık kuruluşlarını önceden tanıma hakkını da beraberinde getirecektir. Tanımadan seçim yapılacağı düşünülemez. Bu nedenle sağlık hizmetleri alanında hekim ve sağlık kuruluşu da, rekabet kuralları içinde kendisini tanıtabilmeli, aldatici olmamak şartıyla reklam yapabilmeli, ilan verebilmelidir. Oysa sağlık mevzuatını taradığımızda yoğun bir reklam ve tanıtım yasağı ile karşılaşırız. Sağlık hizmetlerinin üç temel ayağına ilişkin olarak (hekim, sağlık personeli; sağlık kuruluşu; ilaç, eczacı, eczane) ayrı ayrı Yasa, Tüzük, Yönetmelik ve Tebliğlerle reklamın ve tanıtımın yasaklandığını, ağır parasal yaptırımlara bağlandığını görüyoruz.

3. Reklamı yasaklayan mevzuatı iki grupta ele almak mümkündür. Genel reklam mevzuatı ve reklam yasakları, sağlık mevzuatındaki reklam yasakları. Sağlık mevzuatındaki reklam yasakları üç grupta toplanabilir: Sağlık personeli açısından yasaklar, sağlık kuruluşları açısından yasaklar, ilaç sektörü açısından yasaklar.

a) Sağlık Personeli Açısından Yasaklayıcı Mevzuat

- 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
- 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu
- 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu
- 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun
- 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Hakkında Kanun

b) Sağlık Kuruluşları Açısından Yasaklayıcı Mevzuat

- 27.3.2002 t. Özel Hastaneler Yönetmeliği
- 15.2.2008 t. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik
- 14.10.1999 t. Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik
- 6.3.2010 t. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik
- 7.12.2006 t. Ambulans ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği
- 5.7.2005 t. Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği
- 23.6.2005 t. Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik
- 27.7.2001 t. Kaplıcalar Yönetmeliği
- 1.8.2001 t. Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik
- 27.9.2004 t. Optisyenlik Müessesesi Hakkında Yönetmelik
- 17.9.2002 t. Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik
- 22.5.2002 t. İlk Yardım Yönetmeliği

c) İlaç Sektörü Açısından Yasaklayıcı Mevzuat

- 1261 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu
- 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu
- Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü

Bunun dışında Borçlar Kanununda, Türk Ticaret Kanununda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, Radyo ve Televizyon Kurumu Kanununda, haksız rekabetle, haksız ve aldattıcı reklamlarla, tüketicinin yanıltıcı reklamlardan korunması hakkında hükümler bulunmaktadır.

Sağlık mevzuatında 5'i sağlık personeli açısından, 12'si sağlık kuruluşları açısından, 3'ü de ilaç sektörü açısından düzenlenmiş 20 ayrı metinde reklam ve tanıtımla ilgili yasağa yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde grup içinde çelişik düzenlemeler getirdiği gibi, gruplar arasında da farklı düzenlemeler vardır.

Sonuç olarak sağlık hizmetlerinde reklam konusu tam bir kaosa dönüşmüştür. Bu farklılıklar ve çelişkiler yargı kararlarına da yansımakta, mahkemenin reklam saymadığı, kesinleşmiş davalar, başvuru kanun yararına bozma talebi üzerine bozulmaktadır. Hekimler ve sağlık kuruluşları bu konuda tam bir belirsizlik ve güvensizlik içindedir.

Yapılacak olan, sağlıkla ilgili tüm reklam yasaklarını kaldırmak, bu konuyu genel hükümler arasında ele almaktır. Yani bu konuyu Borçlar Hukukuna, Ticaret Hukukuna, Tüketicinin Korunması Hukukuna bırakmaktır. Her alana özel ayrı bir reklam ve rekabet kavramı olamaz. Haksız rekabet, haksız reklam, yanıltıcı reklam ve tanıtım her mal ve hizmet üretimi alanında aynı hükümlere tabi kılınmalıdır. Sağlık hizmetlerinin yaşamsal önemi, burada farklı reklam ve tanıtım kavramlarını değil, tam

tersine daha yaygın bir reklam ve tanıtım koşullarının kabulünü gerektirmektedir. Sağlıkta ideal rekabet, reklam yasağıyla değil, geniş bir tanıtım ağıyla sağlanabilir.

Bu sayede hem hizmette kalite ve standard yükselir, hem de hasta daha uygun ve ideal ortamlarda tedavi şansı bulur.

Sağlıkta da serbest piyasa ekonomisinin uygulanmasını, bu sayede kaliteli hizmete ulaşılmasını istiyorsak, burada da rekabeti ve reklamı serbest bırakmak gerekmektedir. Sadece haksız rekabeti ve aldatici reklamları önleyerek bu sonuca ulaşabiliriz. Reklam yasağı hem hizmet kalitesini düşürecek, hem huzursuz bir ortam oluşturacak, hem de sağlık hizmetlerinin olmazsa olmazı hekim ve sağlık kuruluşunu seçme hakkını ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- ARKAN, *Sabih*: Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, Ankara 2008.
- ASLAN, *İ. Yılmaz*: Tüketici Hukuku, 3. Bası, Ankara 2006.
- AVŞAR, *B. Zakir/ELDEN, Müge*: Reklam ve Reklam Mevzuatı, Ankara 2004.
- AYGÜN, *Ezgi*: Sağlık Sektöründe Reklam, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007. (<http://www.belgeler.com/blg/tle/saglik-sektorunde-reklam-advertisement-in-health-sector>, 11.9.2011).
- BOZBEL, *Savaş*: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam, Ankara 2006.
- BOZKURT, *İzzet*: İletişim Odaklı Pazarlama, İstanbul 2004.
- BULUTOĞLU, *Kenan*: Kamu Hizmetlerinin İktisadi Tahlili, İstanbul 1971.
- BÜYÜKAY, *Yusuf*: “*Hekimin Reklam Yasağı*”, e-akademi, Kasım 2003, Sayı 2, (çevrimiçi): <http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-6.htm>, 28.01.2011.
- ÇELEBİ, *Süleyman*: “*Sosyal Güvenlik ve Sağlık Hakkı, Temel Haklar*”, Mercek, Temmuz 2006.
- DE FORGES, *Jean-Michel*: Le droit de la Sante, Paris 2004.
- DEMİRBILEK, *Sevda*: Türkiye’de Sağlık Hizmetleri, İzmir 1999.
- DOĞANAY, *İsmail*: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 4. Bası, İstanbul 2004.
- EMEK, *Uğur*: Rekabetçi Piyasa Ekonomisi, Ankara 2009.
- EREN, *Fikret*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010.
- ERDEM, *Ercüment*: “*Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, 1. Cilt, İstanbul 2002.
- EROL, *Kemal*: “*Türk Rekabet Kurulunun Kararları Işığında Sağlık Sektörünün Güncel Rekabet Sorunları*”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 2008.
- GÖLE, *Celal*: Ticaret Hukuku Açısından Aldatici Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983.
- GÜLER, *Emel*: Sağlık Sektöründeki Mal ve Hizmetler İçin Yapılan Reklamların Hukuksal Boyutunun ve Türkiye’deki Durumu, Marmara Ü. Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Sağlık Kurumları Yöneticiliği Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006 (<http://www.belgeler.com/blg/utb/saglik-sektorundeki-mal-ve-hizmetler-icin>)
- YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

yapılan-reklamların-hukuksal-boyutunun-türkiye-deki-durumu-the-position-of-legal-dimension-of-advertisements-made-for-goods-and-services-in-health-services-in-turkey, 11.9.2011).

GÜZEL, *Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nursen*: Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010.

GÜZEL, *Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nursen*: Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.

HAKERİ, *Hakan/ÜNVER, Yener/ YENERER ÇAKMUT, Özlem*: Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara 2010.

HAYRAN, *Osman*: “Sağlık Hizmetlerinin Özel ve Kamusal Yönü”, Sağlık Hizmetleri, İstanbul 1998.

İMREGÜN, *Oğuz*: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005.

KÜÇÜKUSTA, *Ahmet, Rasim*: Bir İki Üç TIP, Hayykitap, İstanbul 2011.

KÜÇÜKUSTA, *Ahmet, Rasim*: Biri Bizi Hasta Ediyor, Hayykitap, 2. Bası, İstanbul 2008.

KÜÇÜKUSTA, *Ahmet, Rasim*: Adamın Biri Doktora Gitmiş... Gidiş O Gidiş!, Hayykitap, 2. Bası, İstanbul 2009.

MUCUK, *İsmet*: Pazarlama İlkeleri, 5. Bası, İstanbul 1990.

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

OKUR, *Ali Rıza*: “Hekimin Serbest Çalışma hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2011.

OKUR, *Ali Rıza*: “Genel Sağlık Sigortası”, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeleri, İstanbul Barosu/Kadir Has Üniversitesi, 21.2.2009, İstanbul 2010.

OKUR, *Ali Rıza*: “Eski Yasada Olmayıp Yeni Yasada Olan Hükümler ve Yeni Tanımlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 14. Yıl Toplantısı, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi, 19.6.2010, İstanbul 2010.

OKUR, *Ali Rıza*: “Sorunları ile Gelen Reform”, Mercek, Temmuz 2006.

ORAL, *İlhan A.*: Dünyada ve Türkiye’de Sosyal Sigorta Kapsamında Sağlık Sigortası Uygulamaları, Eskişehir 2002.

ÖZÇELİK, *Nursen Adak*: Sağlık Sosyolojisi Kadın ve Kentleşme, İstanbul 2002.

ÖZDEMİR, *Hayrunnisa*: “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, AÜHFD, 2004, Sayı 4, Cilt 53,

(<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/277/2503.pdf>, 15.9.2011).

ÖZEL, *Salih*: “Reklam ve Sponsorluk Kavramları ve Vergi İlişkisi”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, sy. 85, Ocak 2011, İstanbul.

SUR, *Haydar*: “Sağlık Hizmetlerinin Geçmişi ve Gelişimi”, Sağlık Hizmetleri, İstanbul 1998.

SERİN, *İlhan*: Genel Sağlık Sigortası ve Türkiye’deki Uygulanabilirliği, İstanbul 2004.

ŞAKAR, *Müjdat*: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. Bası, İstanbul 2010.

TANDOĞAN, *Haluk*: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010.

TENGİLİMOĞLU, Dilaver/GÜZEL, Alper: “Sağlık Sistemleri ve Ülke Örnekleri”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Yıl 14, Sayı 74, Temmuz-Ağustos 2011.

TEOMAN, Ömer (ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsün): Ticari İşletme Hukuku, 2006, İstanbul, N.

TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009.

UŞAN, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara, 2009.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Yanılıcı İlaç Reklamlarının Etik ve Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2009.

YILMAZ, Coşkun/YILMAZ, Necdet (Editör): Osmanlılarda Sağlık, Cilt: I, II, İstanbul 2006.

YILMAZ, Mehmet: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı, İstanbul 2006/4.

YİĞİT ŞAKAR, Ayşe: Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Sağlık Harcamaları, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayın No: 22, İstanbul 1999.

TURİZM HUKUKUNDA SORUMLULUK (LIABILITY IN TOURISM LAW)

Prof. Dr. Hasan NERAD*

ÖZET

Bu çalışmamızda, öncelikle sorumluluk hukukunun temel ilkelerini kısaca hatırlatmaya çalıştık. Ardından, turizm hukukunda sorumluluğun nasıl ortaya çıktığını, hayattan alınan gerçek olaylarla örneklendirerek kısaca açıklamaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Turizm hukuku, sorumluluk, borca aykırılık, temerrüt.

ABSTRACT

The following paper examines the civil liability in tourism and tourism law. First, the paper states the fundamental principles of liability law. Second, it explains how legal liability appeared in the history of tourism law and gives examples that are based on true events.

Keywords: *Tourism Law, liability, contradiction to Obligation, default.*

GİRİŞ

Değerli dostum ve üstadım Prof. Dr. Erhan Adal için hazırlanan Armağan'a ufak bir katkıda bulunabildiğim için mutluyum. Onun asistan olduğu dönemde, mensubu olduğu Medenî Hukuk kürsüsünden 4 yıl öğrenci olarak feyzaldım, seçimlik ders olarak Mukayeseli Medenî Hukuk'u seçmiş olduğum için o derste de öğrenciliğim sürdü. Columbia Üniversitesi'nde ikimizin de master yapmış olması diğer bir ortak noktayı oluşturuyor.

Kendisine daha nice yıllar sağlık, mutluluk, huzur ve başarılar diliyorum.
Urla İskeleyi / 30 Kasım 2011

I. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Turizm alanının; deniz, hava ve kara yolu ile yolcu taşımacılığını; konaklama ve yeme-içme tesislerinde verilen hizmetleri; seyahat acentalarının ve turizm rehberlerinin çalışmalarını kapsayan genişliği; bu arenada emek ve zaman harcayanların, çeşitli ve değişik nedenlerle sorumluluğunu doğuracak pek çok olayın meydana gelmesine yol açmaktadır.

Ben burada; sorumluluk hukukunun temel ilkelerini özetle hatırladıktan sonra, hayattan alınan gerçek olaylarla turizm hukukunda sorumluluğun nasıl ortaya çıktığına kısaca değinmekle yetineceğim.

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü, Ticaret ve Turizm Hukuku Öğretim Üyesi, e-posta: benal.nerad@hotmail.com

II. TEMEL KAVRAMLAR

A. TURİZM HUKUKU

1. Konusu

Turizm hukukunun konusu turizm faaliyetlerine özgü hukuk kurallarıdır.

2. Tanımı

Turizm hukukunun bildiğim kadarı ile, Türkiye’de ilk tanımı 1974 yılında yapılmış¹, daha sonra bu tanım yeniden *Turizm hukuku, bir hizmet endüstrisi olan turizm olayını düzenleyen hukuk kurallarının toplamından ibaret fonksiyonel bir hukuk dalı* olarak ifade edilmiştir² Burada biraz değişik bir tanım yapıyorum. Turizm hukukunu, *turizm işletmesini ve bu işletmenin hukukî ilişkilerini düzenleyen hukuk dalı* olarak tanımlamak mümkündür. Ticaret hukukunun *ticarî işletmenin hukuku* olarak genellikle tanımlandığı³ göz önünde bulundurulursa, verdiğim tanımın sözü edilen diğer hukuk dallarının tanımlarıyla paralellik gösterdiği görülecektir. Kuşku yoktur ki, turizm işletmeleri de birer ticarî işletmedir.⁴ 6262 sayılı⁵ Türk Ticaret Kanunu: otel, han ve lokanta işletmesini;⁶ kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu taşımayı;⁷ acentalığı⁸ ticarî işletme türleri olarak açıkça belirtmiştir. Bunlar dışında kalan turizm işletmeleri de, ticaret hukukunun aradığı genel ölçütlere göre ticarî işletme sayılabileceklerdir. Bu nitelikleri ile ticaret hukukunun genel kurallarına tâbidir. Turizm Hukuku ise, daha dar kapsamlıdır; sadece ticarî işletmenin bir türü olan turizm işletmesine, onun hukukî durumuna ve hukukî ilişkilerine özgü hukuk kurallarından oluşmaktadır. Nitekim, *banka hukuku* da ticarî işletmenin diğer bir türü olan banka işletmesine ilişkin özel kuralları içermektedir.⁹

3. Bağımsızlığı

Bir görüşe göre; *Bugün Turizm Hukuku adıyla adlandırabileceğimiz bir hukuk dalı henüz mevcut değildir, yavaş yavaş Turizm Hukuku da bir hukuk dalı olarak oluşmaktadır.*¹⁰ Kanımca, *turizm hukuku* şimdiden bağımsız bir hukuk dalı haline gelmiştir. Gerek düzenlenen turizm ilişkilerini ve bunun sonucu olarak hukuk kurallarının kendine özgü nitelikleri gerek turizm faaliyetlerini düzenlemek üzere yürürlüğe konulan ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının hacmi bu düşünceye hak verirse gerek-

¹ Birsal, Mahmut; *Turizm Hukuku (Ders Notları)*, İzmir 1974, s. 1.

² Birsal, Mahmut T / Turhan, M. Nevres; *Turizm Hukuku Ders Notları*, Aydın 1976, s. 1.

³ Nerad, Hasan; *Turizm Hukuku*, İzmir 1999, s. 1.

⁴ *Ibid.*

⁵ RG. 9.7.1956, 9353.

⁶ TTK 12/6.

⁷ TTK 12/10.

⁸ TTK 12/12, bu terim sigorta hukuku kaynaklarında *acenta* olarak yer almaktadır.

⁹ Tekinalp, Ünal; *Banka Hukuku'nun Esasları*, İstanbul 1988, s. 2.

¹⁰ Can, Halil/Güner, Semih Açıklamalı-İçtihatlı *Turizm Hukuku ve Mevzuatı*, Ankara 1992, s. 12.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

tir.¹¹ Daha 1976'da, Turizm Hukuku'ndan *belki de bir bakıma ilk defa yeni bir hukuk dalı* olarak söz edilmiştir.¹² Nitekim sevinerek görüyorum ki 1992'de turizm hukukunun henüz doğmadığını ileri sürenler artık bu hukuk dalının varlığını kabul etmişlerdir.

4. Yeri ve Niteliği

Roma Hukuku'ndan bu yana; hukuk, kamu hukuku ve özel hukuk olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamu hukuku, devletin egemenliğinden doğan ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarıdır; kişilerin devlet ve toplum ile olan ilişkileri kamu hukukunun konusudur.¹³

Turizm Hukuku; bir yandan; izin, denetim ve benzeri ilişkiler yönünden turizm işletmesinin devlet ile olan ilişkilerini düzenlemekte; öte yandan, turizm işletmesinin diğer turizm işletmeleri, turistler ve başkaları, özellikle turizm işletmesine mal ve hizmet sağlayanlar, ile ilgili kuralları getirmektedir. Bu niteliği ile, turizm hukuku tipik bir karma nitelikli hukuk dalı görünümündedir.¹⁴

5. Kapsamı

Yukarıda belirttiğim gibi turizm hukuku; bir yandan devlet başta olmak üzere kamunun genel olarak turizme; turizm alt yapısına; düzenleme, teşvik ve denetime ilişkin *turizm kamu hukuku* ilke ve kurallarını; öte yandan turizm işletmelerinin turistlerin ve seyahat acentalarının birbirleriyle, turizm işletmelerinin ve seyahat acentalarının kendi aralarında olan ilişkilerini düzenleyen *turizm özel hukuku* ilke ve kurallarını kapsar.

B. SORUMLULUK

Sorumluluk, başlıca iki anlamda kullanılmaktadır:

- Sınırsız Sorumluluk

Alacaklınn borçluya ait mal varlığına el koydurabilme yetkisi^{15, 16} dir. Temel kural, borçlunun tüm malvarlığı ile sorumlu olmasıdır¹⁷. Borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde alacaklı, icra mekanizması ile borçlunun tüm malvarlığına el koydurabilir.¹⁸

- Sınırlı Sorumluluk

Eğer alacaklı, alacağını elde edebilmek için borçlunun **sadece bazı malvarlığı unsurlarına el koydurabiliyorsa** buna Sınırlı Sorumluluk denilmektedir. Eğer alacaklı, alacağı için borçlunun **sadece belirli bir malı** ile veya sadece belli bir kategori mal-

¹¹ Nerad, Giriş, s.17; Nerad, Hasan; Borçlar Hukuku 4. baskı, İzmir 1996, s.4; Nerad, Hasan; "Türk Turizminin Hukuksal Sorunları", III. Ulusal Turizm Kongresi, Kuşadası 1992; Nerad, Hasan; "Turizm Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü", İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.9, S.II, İzmir 1994, s.1-14.

¹² Birsal, Mahmut T. / Turhan, M. Nevres; *op.cit.*, s. 1.

¹³ Nerad, Giriş, s. 6.

¹⁴ Nerad, Giriş, s. 17.

¹⁵ Tekinay, Selahattin Sulhi; Borçlar Hukuku, 3.baskı, İstanbul 1974, s.18 (Tekinay hocam, Sayın Adal ile aynı Medeni Hukuk kürsüsünde idi). Tahir Çağa hocam bu anlamdaki sorumluluğa –"ile sorumluluk" derdi.

¹⁶ Cf.V, *infra*.

¹⁷ Tekinay, *op.cit.*, s. 19.

¹⁸ El koyma yerine el koydurma dememin nedeni budur.

varlığı ile sorumlu tutulabiliyorsa, bu, sınırlı sorumluluk durumunu oluşturmaktadır.¹⁹ Bir borç için üçüncü kişi bir borçlu lehine rehin vermişse, rehin veren üçüncü kişinin sadece rehnettiği eşya ile sorumlu olup diğer malvarlığına alacaklının el koyduraması birinci halin örneğidir. Mal birliği rejiminde evli kadının sadece mahfuz malları ile sorumlu olması da ikinci hale örnek oluşturmaktadır.²⁰

III. SORUMLULUK HALLERİ

Turizm hukukunda sorumluluk doğuran halleri yakından ele almak istiyorum.

A. BORCA AYKIRILIK

Her nevi turizm faaliyetinde borca aykırılık halleri ile sık sık karşılaşılmaktadır. Gerçek hayattan aldığım bazı örnekleri aşağıda ifade ediyorum.

1. Rezervasyonlar

a) Çifte Rezervasyonlar

Çifte rezervasyon (overbooking) çeşitli durumlarda ortaya çıkmaktadır.

- Hava taşımacılığında, aynı uçak koltuğunun birden fazla kişiye “satıldığı” oldukça sık karşılaşılan hallerdendir.

Hava yolu taşınanları, özellikle uluslararası yolculuklarda birçok yolcunun check-in zamanında kontuara gelmediğini (no show), bazen hiç görünmediğini beyan ederek çifte rezervasyon yapmakta haklı olduklarını; böylece, hem hazır bulunan yolcuya hizmet sunduklarını, hem de boş koltukla uçuşları azalttıklarını söylemektedirler.

b) Rezervasyon Yapılmamış Olması Halleri (Hiç Rezervasyon)

Belgesi olmayan (mektup, teleks, faks, e-mail) rezervasyonların yapılmaması, yapılmış olanların kimi nedenlerle inkâr edilmesi yolcuları uçak kontuarlarında veya konaklama tesislerinde çaresiz kalmalarına yol açmaktadır. Alternatif uçuş veya tesis bulma çabaları başarılı olursa sıkıntı azalabilmekte ve fakat her hal ü kârda zaman ve emek kaybına, huzursuzluk ve tedirginliğe neden olmaktadır. İhaleye, duruşmaya, randevuya yetişememek önemli maddî zararlara da sebebiyet vermektedir.

c) Yanlış Rezervasyon

İstenilenden farklı bir uçuşta, farklı bir destinasyon veya tesiste, farklı bir tarih için yapılan rezervasyon; yolcu da maddî ve manevî zararlar doğurma olasılığı yüksek durumlardır.

Haber vermeksizin geciken yolcuya uygulanan, belki haklı da görülebilen, bir yaptırım söz konusu olmaktadır.

Her iki yolcunun da zuhur etmesi durumunda, önce gelen veya bağlantılı uçuşu olan yahut engelli veya hasta olduğu için daha ziyade korunması hakkaniyete uygun olan kimse tercih edilebilmektedir. Aynı havayolu veya aynı alliance üyesi havayolu ile uçanlar, sık yolculuk edenler (frequent flyer) da öncelik kazanabilmektedirler. VIP

¹⁹ Tekinay, *op.cit.* s. 20.

²⁰ *İbid.*

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

(Very Important Person) olarak nitelendirilenler başlı başına ve “en öncelikli” bir kategori oluşturmaktadırlar.

Konaklama sektöründe de çifte rezervasyonlara rastlanmaktadır. Bu takdirde de, önce gelen genellikle tercih edilmektedir. Diğer kişinin belki de hiç gelmeyebileceği de hesaba katılmaktadır.²¹ Geç gelen kişiye aynı bölgede aynı kalitede bir konaklama yeri bulunması çabası o tesis işletmelerinden beklenir.

2. Gecikmeler

Taşıma araçlarının, belirlenmiş varış saatlerine uymaması önemli zararlara yol açabilir. Bağlantılı araçlara yetişemiyebilir; toplantılar, randevular, dersler, duruşmalar kaçırılabilir. Zararlar üçüncü kişilere de sirayet edebilir. Avukatın duruşmaya yetişmemesi müvekkile, hekimin ameliyata yetişmemesi hastaya, öğretim üyesinin derse veya sınava yetişmemesi öğrencilere doğrudan veya dolaylı, maddî veya manevî zararlar verebilir.²²

3. İptaller

Sefer ve rezervasyon iptalleri de yolcuların maddî veya manevî zararlarına sebep olmaktadır. İşletme kusurlarından kaynaklanan ve gerekli yahut makûl özen gösterilseydi önlenebilecek olan iptaller sorumluluk doğurabilmektedir.²³

İptali yolcular da yapabilmektedir. Bu takdirde de; onun yerini dolduramayan taşıyıcı veya konaklama tesisi işletmesi, maddî zarara uğramaktadır. İşletmeler, bu gibi durumları önleyebilmek için depozito almak, kredi kartı kullanılmasını istemek gibi yollara başvurmaktadırlar.

Var olan (Libya iç savaşı gibi) veya olmayan (Irak'ın Kuveyt'i işgalinde Türkiye'ye yapılan turlarda olduğu gibi) politik olayları gerekçe göstererek yapılan toplu iptaller önemli (ve çoğu zaman), haksız zararlara neden olabilmektedir.

²¹ Yaşadığım bir olayda; Paris'te aynı otelde daha önce de kaldığımız için beni ve eşimi tercih etmişlerdi. Esasen önce gelen de bizdik. İki resepsiyon görevlisinin bu konuda tartıştıklarını hatırlıyorum.

²² Yaşadığım iki olay:

-Amsterdam-Paris treninin lokomotifi Belçika sınırları içinde arızalanınca, Paris-Istanbul uçuşunu kaçırmama dakikalar kalmıştı.

-İstanbul-Zürih uçağı, geç kalkış nedeniyle Zürih'e 80 dakika geç varınca Zürih-Geneve uçağını kaçırdım. Görevi olmadığı halde bana yardımcı olan bir başka hava yolu görevlisi yardımı ile, üçüncü bir şirkete ait bir uçakta yer bulabildim. Çok maceralı geçen bir gece uçuşuyla Geneve'e Zürih'e ertesi sabah yapılan tahkim duruşmasına yetişebildim.

²³ Yaşadığım bir olayda; Keşap Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki duruşmaya yetişmek üzere yola çıktığım İzmir-Ankara-Trabzon seferinin Ankara-Trabzon ayağı; işletme becerisi noksanı sonucu olarak ve meydana inisi engelleyen yerel yahut uçuşa olanak vermeyen meteorolojik nedenler yok iken iptal edilince duruşmada bulunamadım, o zaman yürürlükte olan HUMK uyarınca **gyaba düşmekten**, mazeret telgrafını değerlendiren hâkimin anlayışlı kararı ile kurtulmuştum. Kullanılmayan Ankara-Trabzon-Ankara uçuşuna ait bedeli ödememeye yeltenen ve kullanıl(a)mayan uçuş kuponuna, gerçeğe aykırı olarak “No show “kaşesi vurmaya cüret eden hava yolu, hukukî girişimlerim sonucunda gerçeği kabullenebilmişti.

4. İcra Takipleri

Konaklama tesisi işletmelerinin alacaklısı, giriştiği icra takibi sonunda haciz aşamasına geldiğinde, turizmin yüksek sezonunda haczi uygulamaya giriştiğinde; işletmedeki yatak, karyola, dolap, havlu, çatal, kaşık, tabak gibi taşınır eşyanın haciz sırasında muhafaza altına alma talebinde bulunursa (ki buna hakkı vardır) bu mallar tesisten çıkarılıp bir yedd-i emin deposuna konulur ise otelde kalanların sokakta kalacakları açıktır.²⁴ Böyle bir durumda; borç ilişkisinin tamamen dışında bulunan (bazen pek çok sayıda) üçüncü kişi zarara uğramakta, Türkiye'nin turizm ülkelerindeki itibarı da zedelenmektedir.

5. Yanlış ve/veya Eksik Bilgilendirmeler

a) Yanlış Bilgilendirme

Konaklama ve yeme-içme tesisleri, seyahat acentaları ve taşıyıcılar; broşür, kitapçık, internet, CD, kaset ve başka araçlarla yaptıkları tanıtımlarda abartılı, hattâ düpedüz gerçeğe aykırı ifadeler kullanılabilmektedir.

Turist, seyahatin başlamasından önce durumun farkına varırsa hata veya hile nedeniyle fesih ve/veya tazminat gibi haklarını kullanabilir. Fakat; aldatma, genellikle sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkar. Böyle bir durumda tek yaptırım **tazminat** olabilecektir. Tazminat isteme dahi turist için zorluklar içermektedir. Tazminat davasının davalının ikametgâhında veya sözleşmenin ifa edileceği yerde açılması gerektir ki bu pek çok defa turistin ülkesi değildir. Uygulanacak hukuk da, yine büyük olasılıkla, turist/davacının millî hukuku olmayacaktır. Davanın yabancı ülkede takibi için yerel avukat görevlendirmesi, **cautio iudicatum solvi** gereği; turist/davacıyı zorlayan diğer hallerdir. Turistin, önceden bir sözleşme yaparak aleyhindeki bu durumları düzeltebilmesi olanağı hemen hemen yoktur; zira, bu olasılıklar, seyahat öncesinin mutlu beklentileri sırasında akla gelmeyeceği gibi, karşı tarafa kabul ettirilme olasılığı da sifıra yakındır.

Şu durumda, turisti koruyabilecek tek yol **seyahat sigortasıdır**. Yaşanmış bir olay şöyle gelişmiştir:

Otel işletmesi, çeşitli dillerde bastırıldığı güncel broşüre bir **otel odası penceresinden manzara** fotoğrafı koymuştur. Fotoğrafta, çam dalları arasından deniz görülmektedir. Gerçekte, otelin tek bir odasının manzarası böyledir; diğer odalardan avlu veya duvarlar görülmektedir. Turist, yerleştiği odanın gördüğü yerin fotoğrafını çekmiş, ülkesine döndüğünde sigortacısına başvurmuş, seyahat sigortası sözleşmesine dayanarak tazminat almıştır. Bu takdirde sigortacının işletmeye rücu hakkı vardır; fakat o da, yukarıda ifade ettiğim usulî nedenlerle bu yola gitmemiştir. Böylece işletme hiçbir yaptırıma uğramamış olmaktadır. Ancak, olayın sonuçları burada bitmemektedir. Sigortacılar, doğal olarak, bu gibi ülkelere yapılacak geziler için uyguladıkları sigorta primlerini yükseltmekte; böylece pahalılanan gezi giderleri karşısında turist başka bir ülkeyi tercih edebilmektedir. Gerçek yaptırım, seyahat acentalarının bu nevi işletmeleri portföylerinden çıkartmaları olsa gerektir.

²⁴ Bu olay İzmir'de bir tesiste aynen gerçekleşmiştir.

b) Eksik Bilgilendirme

Kimi zaman, gezinin önemli unsurları hakkında bilgi eksik bırakılmaktadır. Bir olayda; Niagara Şelâlesinin Amerika Birleşik Devletleri tarafına gidildiğinde, şelâlenin sesi ve serpintisini hissetmiş ve fakat kendisini görememiştin. Doğal durumun böyle olduğu bildirilmemişti. Şelâlesinin bütün haşmetini, çok daha sonra Kanada tarafında gemiden ve üzerimde yağmurluk ve şapka ile izleyebilmiş; fotoğraf ve filimlere konu olan o meşhur görüntünün sadece Kanada tarafından görülebileceğini öğrenmiştim.

B. TEMERRÜT (BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ)

Turizm olaylarında, ilgili tüm taraflar borçlunun temerrüdü durumuna düşebilir.

Turist, genellikle bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan edimini yerine getiremiyor olabilir.

Otobüs, gemi, uçak işleticisi seferi iptal etmiş olabilir. Konaklama tesisi işletmecisi rezervasyonlu müşteriyi almamış, yeme-içme tesisi işletmecisi rezervasyonlu kişiye servisten kaçınmış olabilir.

Bütün bu durumlarda; borçla hukukunun genel kuralları uygulanacaktır. Turist temerrüde düşmüş ise; alacaklı **aynen ifa+gecikme tazminatı** veya **tam bir tazminat** yahut **fesih** haklarından dilediğini kullanabilir.²⁵ Turizm ile ilgili işletmecinin temerrüdü halinde durum karmaşıklaşabilmektedir. Yatacak yer bulamayan turistin fesih ile elde edebileceği bir yarar yoktur. Aynen ifaya veya tazminata ilişkin davaların, özellikle yabancı turist bakımından ne gibi zorluklar gösterdiğini yukarıda ifade etmiştim.²⁶ Hale aynen ifa istemi halinde, 5-6 sonra sonuçlanacak bir dâvadan sonra icra memuru zoruyla ve davalanmış olduğu bir işletmecinin tesisinde geçirilecek bir tatil çok zevkli olmayabilecektir.

Gezi esnasında borçlunun temerrüdü oldukça sıkıntılı durumlara yol açabilmektedir. Yaşanmış bir olayda, seyahat acentasının tura katılanlardan peşin olarak tahsil ettiği konaklama ve yeme-içme paralarını otel ve lokantalara ödemediği anlaşılmış, geziye katılan acenta sahip ve yöneticisinin ödeme yapabilecek durumda olmadığını Hindistan'da açıkladığı görülmüş, giderler tura katılanlar tarafından karşılanmıştır. Tura katılanların tanıyıp bilmedikleri, seçeneklerden haberdar olamayacakları düşünülürse durumun ciddiyeti ortaya çıkar. Acentanın temerrüde düşürülmesinin, aynen ifa ve/veya tazminat istemesi gibi hukuk yollarına başvurulmasının pratikte hiç yarar sağlayamayacağı, nitekim de sağlayamadığı yaşanarak görülmüştür.

Konaklama tesisi işletmecisinin, hapis hakkı da göz önünde tutulmalıdır. Yaşanmış olan bir olayda, resepsiyon önündeki zeminin su ve sabunla yıkanmasından sonra koşarak geçmekte olan bir çocuk düşmüş ve kolunu kırmıştır. Oraya bir kaygan zemin/ **slippery floor** levhası konulmuş olsa veya etrafı şeritlense, çocuğun velileri ona göz-kulak olmuş olsalardı bu cismani zarar meydana gelmeyecekti. Bu gibi durumlarda, haksız fiilin bütün unsurları (kusur, zarar, hukuka aykırılık, nedensellik bağı) gerçekleştiği takdirde failin sorumlu tutulabileceği açıktır.

Yeme-içme tesislerinde sık görülen gıda zehirlenmeleri de önemli örneklerdir.

²⁵ Yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu (EBK) m. 106/II, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 125.

²⁶ Cf. III, A, S, a.

IV. BAŞKALARINDAN SORUMLULUK

Turizm işletmeleri; birden çok kişinin çalıştığı yerlerdir. İşletmecinin (ki çok defa bir tüzel kişidir) çalıştırdığı kimselerin fiil ve/veya ihmallerinden, bu kimseler sorumlu olduğu gibi onları çalıştıranların sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir.

A. İNSAN ÇALIŞTIRANLARIN SORUMLULUĞU

İnsan çalıştırmanın²⁷, çalıştırdığı kimselerin üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumlu tutulması kanun koyucu tarafından öngörülmüştür.

Çalışanın ikna ettiği haksız fiil nedeniyle onu çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için

= Çalışan ile çalıştırın arasında hizmet ilişkisi bulunmalıdır.

= Çalışan, bir haksız fiil işlemiş olmalıdır. Kusur ve zarar, haksız fiilin unsurları olmakla; zarar olarak nitelendirilebilecek bir durum yoksa veya zararın oluşmasında çalışanın kusuru yoksa; çalıştırının sorumluluğu söz konusu olmaz. Kuşkusuz, zarar ile fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

= Haksız fiil, hizmetin görülmesi sırasında ve hizmet nedeniyle işlenmiş olmalıdır. Çalışan, turizm işletmesi dışında veya işletmede olmakla birlikte hizmet ile ilgili olmayanlara bir haksız fiil işlerse çalıştırın bundan sorumlu olmaz.²⁸

Kanun²⁹ çalıştırını sorumluluktan kurtaracak bir olanak öngörmüştür. Çalıştırın eğer

= Çalışanı seçmede,

= Ona talimat vermede,

= Ona nezaret etmede,

Gerekli özeni gösterdiğini kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilecektir.³⁰

Turizm işletmelerinin kalitesi ne kadar yüksek ise, çalıştırının söz konusu kanıt-lama yükümünü yerine getirmesi o kadar yüksek olmaktadır. Beş yıldızlı bir otelde çalışanlar, turizm meslek yüksek okulu veya turizm meslek liseleri mezunları arasın-dan seçtiğinden, seçmede özen yükümünün yerine getirildiği kolayca kanıtlanabilir. Aynı surette; bir *housekeeper* ve /veya *maître d'hotel* yahut *conscierge* çalıştırın işletmeler talimat ve nezaret yükümlülüklerini de yerine getirmiş olduklarını kolayca isbat edebilirler.

Garsonun servis yaparken müşterinin üzerine yemek dökmesi, bellboyun valizin sapını kopartması, otel bahçivanının çiçek sularken müşteriyi ıslatması turizm sektö-ründe sıkça rastlanabilen örneklerdir.

B. YARDIMCILARIN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Turizm işletmecisi, edimini ifa ederken bazı yardımcılarından yararlanır. İşletmeci bu yardımcıların verdiği zararlardan üçüncü kişilere karşı sorumludur.³¹ Yardımcı, borç-

²⁷ *İstihdam eden* ve *adam çalıştırın* sözleri yerine, daha az cinsiyetçi olduğu için *insan çalıştırma* sözünü tercih ettim.

²⁸ Tekinay, *op.cit.*, s. 408-409.

²⁹ EBK 55/I; TBK 66.

³⁰ EBK 55/II; TKB 66/IV.

³¹ EBK 100, TBK 116.

lunun rızası ile onun ifa fiillerine katılan herhangi bir kimsedir.³² Bu kimse işletmeci arasında hizmet ilişkisi yoktur, fakat o kimse ifaya yardım etmelidir. Eğer ifa sırasında ve ifa nedeniyle bu kimsenin fiili üçüncü kişiye zarar gelmiş ise asıl borçlu bu zarardan sorumludur. Turizm işletmelerinde çalışan bu tip kimselerin verdiği zararlardan turizm işletmecisi sorumludur.

C. BİNA MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Turizm işletmesinin bulunduğu binanın maliki de, kusuru olup olmadığı araştırılmaksızın, binadan kaynaklanan zararlardan sorumludur. Malik, işletmeciden farklı bir işe; malik olması tek nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Balkonun çökmesi, parmaklığın devrilmesi, çatıdan kiremit düşmesi, kırılan pencere camından düşen parçaların aşağıdaki-leri yaralaması her turizm işletmesi binasında olabilecek olaylardır. Borçlar Kanunu bu gibi hallerde malikin, kusur aramaksızın sorumlu olacağını öngörmüştür.³³

Ç. İSTEMLERİN YARIŞMASI

Bazı olaylarda; yukarıda özetlediğim sorumluluk hallerinden birden fazlası vârit olabilir. Bu takdirde; zarar gören dilediği gerekçeye dayanabilir. Kanıt yükümlülüğü ve zorluğu, davanın ödeme gücü, dikkate alınması gereken faktörlerdir.

V. SORUMLULUĞUN SINIRI

Turizm hukukunun deniz de ve havada (karada TTK) yolcu taşımalarında taşıyanın sorumluluğunu kişi ve kaza başına (check) sınırlayan kuralları³⁴ bu çalışmanın konusu dışındadır. Ele aldığım inceleme alanında sorumluluğu sınırlandıran kurallar bulunmamaktadır; **de lege ferenda** böyle kurallara gerek olmadığı, başka deyişle, sorumluların sorumluluklarının sınırlandırılmasını haklı kılacak nedenlere ihtiyaç duyulmadığı kanısındayım. O halde, borca aykırılık ve/veya haksız fiil sebebiyle sorumlu olan kişilerin söz konusu sorumluluklarının **sınırsız** olduğu düşüncesindeyim.

SONUÇ

Özetle ifade etmeğe çalıştığım gibi, bağımsız bir hukuk dalı olarak hızla gelişmekte olan turizm hukukunda, binlerce yıl öncesinden süzülüp gelen borçlar hukukunun temel ilkeleri uygulama yeri bulunmaktadır.

Bu iki hukuk dalının ortak canlılığı, turizm faaliyetlerinin hızla işleyişi ile âdil ve hakkaniyetli çözümlere yol açacaktır.

Dilerim böyle olsun. **30.11.2011, Urla İskelesi.**

³² Tekinay, **op.cit.**, s.668.

³³ EBK 58, TBK 69.

³⁴ Cf. Nerad, Hasan; Turizm Hukuku, yayımlanmamış çalışma.

KAYNAKÇA

Birsel, Mahmut; Turizm Hukuku (Ders Notları), İzmir 1974.

Birsel, Mahmut T / **Turhan**, M. Nevres; Turizm Hukuku Ders Notları, Aydın 1976.

Can, Halil / **Güner**, Semih; Açıklamalı-İçtihatlı Turizm Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 1992.

Nerad, Hasan; “Türk Turizminin Hukuksal Sorunları”, III. Ulusal Turizm Kongresi, Kuşadası 1992.

Nerad, Hasan; “Turizm Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü”, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.9, S.II, İzmir 1994.

Nerad, Hasan; Borçlar Hukuku 4. baskı, İzmir 1996.

Nerad, Hasan; Turizm Hukuku, İzmir 1999.

Tekinay, Ünal; Banka Hukuku'nun Esasları, İstanbul 1988.

Tekinay, Selahattin Sulhi; Borçlar Hukuku, 3.baskı, İstanbul 1974.

DER STRAFTATBESTAND DER FOLTER
(§§ 94, 95 DES TÜRKISCHEN STGB)
(İŞKENCE SUÇU (TCK MADDE 94, 95))

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*[†]

ÖZET

5237 sayılı TCK'nun 94'üncü maddesinde yer alan işkence suçu, 765 sayılı TCK.nun 243'üncü maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Bu suç seçimlik hareketli bir suç olup, insan onuruyla bağdaşmayan "bedensel veya ruhsal yönden acı veren" veya "algılama veya irade yeteneğini etkileyen" veya "aşağılayıcı" hareketlerde bulunulması ile oluşur. İşkence suçunun faili, sadece kamu görevlileri olabilir. Bu suçta sivil kişilerin iştirak etmesi durumunda, 94 üncü maddenin 4 üncü fıkrası uyarınca bu kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılırlar. Ancak sivil kişinin işkence suçuna katkısı "yardım eden" boyutunda bulunduğu takdirde, yardım eden şerik olarak işkence suçundan cezalandırılır. İşkence teşkil eden hareketleri sivil kişiler veya görevi dışında kamu görevlileri yaparlarsa, artık işkence değil, 96 ncı maddede yer alan eziyet suçu işlenmiş olur. İşkence suçu sadece kasten işlenebilir.

Anahtar Kelimeler: İşkence, Türk Ceza Kanunu, insan hakları, ikrar, Fransız Ceza Kanunu, işkence suçunun unsurları, İspanyol Ceza Kanunu.

ABSTRACT

Der Folttertatsbestand in § 94 der türkischen StGB mit der Nummer 5237 deckt sich mit dem § 243 des alten StGB mit der Nummer 765. Dieser Straftatsbestand beinhaltet Alternativhandlungen, wie "körperliche und seelische Qualen verursachende" Handlungen oder "die Einsichts- und Willensfähigkeit beeinflussen oder zur Herabwürdigung führende", die mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren sind. Der Täter kann nur ein Amtsträger sein. Wenn Zivilpersonen sich an der Tat beteiligen, werden sie gemäß § 94 Abs. 4 ebenfalls wie ein Amtsträger bestraft. Doch wenn die andere Person nur "Beihilfe" leistet, wird sie nur wegen der Beihilfe bestraft. Wenn die Folter von Zivilpersonen oder Amtsträgern außerhalb ihres Amtes begangen werden, so ist dies gemäß § 96 eine Quälerei. Der Folttertatsbestand kann nur vorsätzlich begangen werden.

Keywords: *Folter, Das Türkische stGB, Menschenrechte, Gestandnis, Das Französische Strafgesetzbuch, Folttertatsbestand, Das Spanische Strafgesetzbuch.*

* Professor am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Marmara Universität Istanbul, E-Mail: memin.artuk@marmara.edu.tr

[†] Ich möchte mich bei Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN, unserem wissenschaftlichen Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Marmara Universität Istanbul, für seine Korrekturarbeit an diesem Aufsatz ganz herzlich bedanken. Mein Dank gilt auch Frau Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci, die mir bei der deutschen Version dieses Textes zur Hand gegangen ist.

1. Allgemeine Ausführungen

Die Folter ist im dritten Abschnitt des zweiten Teiles im zweiten Buch des türkischen StGB bei den Straftatbeständen gegen Personen unter der Überschrift "Folter und Quälerei" in den §§ 94 und 95 geregelt. In der türkischen Verfassung ist in Art. 17 Abs. 3 festgehalten, daß "niemand gefoltert und gequält werden darf; niemand darf mit einer Strafe belegt werden, die nicht mit der Würde des Menschen vereinbar ist". Der Foltertatbestand ist eine Auswirkung dieser verfassungsrechtlichen Norm¹ und wird in der Lehre generell als "Foltertatbestand" bezeichnet².

Die Bestrafung des Foltertatbestandes ist auch eine Notwendigkeit der internationalen Verträge, deren Partner unser Land ist. Dazu gehören der Art. 5 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948; der Art. 3 Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950³; das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984⁴; das europarechtliche Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26. November 1987⁵.

Der Art. 3 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten besagt, daß "niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf". Es ist schwierig die Begriffe „Folter“, „unmenschliche“ und „erniedrigende“ Handlungen des Art. 3 zu trennen. Wie diese Handlungen zu verstehen und auszulegen sind, haben die Europäische Kommission für Menschenrechte und der Europäische Gerichtshof festgelegt, als die Republik Irland, England angezeigt hat.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes muß ein Mindestmaß der schlechten Behandlung vorliegen, um den Art. 3 anwenden zu können. Dabei sind vor allem die Dauer der schlechten Behandlung, die physischen und psychischen

¹ Siehe TBMM Tutanak Dergisi, C.12, 58.Birleşim, 26.8.1999, S. 49 ff.

² Siehe **Önok, R. Murat**, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, S. 29 ff.; **Demirbaş, Timur**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, 1992, S. 5 ff.; **Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat R.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Auflage, Ankara 2006, S. 171 ff.; **Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku. Özel Hükümler, İstanbul 1994, S. 220 ff.; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Auflage, Ankara 2005, S.149 ff.; **Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, (Sahir Erman), İstanbul 1992, S. 234 ff.; **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Band 2, 3. Auflage, Ankara 2010, S. 1569 ff.

³ Düstur, III. Tertip, C.: 35, S. 1568; RG. 19 Mart 1954, S.: 8662. Siehe ausserdem **Gölcükdü, A.Feyyaz - Gözübüyük, A.Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1998, S. 5 ff.

⁴ Die Türkei hat diesen Vertrag am 21.4.1988 mit der Gesetzesnummer 3441 ratifiziert. RG. 10.8.1988, Sy. 19895.

⁵ Die Türkei hat diesen Vertrag am 11.1.1988 unterschrieben und am 25.2.1988 mit der Gesetzesnummer 3411 ratifiziert und am 26.2.1988 die zu bestätigende Urkunde dem Rat vorgelegt. Siehe für den Text RG. 27.02.1988; S.: 19738.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Auswirkungen auf das Opfer, das Geschlecht, das Alter, der soziale Stand und die Gesundheit des Opfers zu beachten. Bezüglich der oben genannten Anzeige hat die Kommission fünf Verhörmethoden als Folter ausgelegt. Diese sind: das fortdauernde Stehenbleiben, Augenbinden, den Beschuldigten grossem Lärm aussetzen, das Verhindern von Schlaf und die Herabsetzung der Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme. Der Europäische Gerichtshof hat diese Verhörmethoden nicht als Folter ausgelegt, sondern hat diese aufgrund der physischen und psychischen Leiden des Opfers und der grossen psychiatrischen Auswirkungen während des Verhörs, welche unmenschlich sind und bei den Opfern das Schamgefühl und die Erniedrigung hervorrufen und wahrscheinlich auch deren physische und psychische Kraft brechen, als Erniedrigung der Würde bezeichnet. Nach dem Europäischen Gerichtshof erfüllen diese Techniken nicht das für den Begriff der Folter erforderliche Ausmaß an Quälerei und Schmerz. Als Folter wird eine Handlung bezeichnet, wenn sie sehr extreme und quälende Schmerzen verursacht und vorsätzlich auf unmenschliche Weise durchgeführt wird. Die Erniedrigung der Würde des Menschen erfolgt durch Handlungen, die in Augen anderer oder in Augen des Opfers als erniedrigend empfunden werden. Daher hat der Europäische Gerichtshof im Urteil des Falles Tyrer-England (25.04.1978) die Prügelstrafe an den jungen Beschuldigten als Erniedrigung der Würde ausgelegt.

Der Europäische Gerichtshof hat den Wortlaut der verbotenen Handlungen in Art. 3 so ausgelegt, dass nicht nur die physische Kraft und Zwang den Tatbestand ausfüllen, sondern dass jede psychische Qual den Tatbestand des Art. 3 erfüllt. Daher ist zum Beispiel das Warten eines zu Tode verurteilten Strafgefangenen auf die Vollstreckung oder eines Angeklagten, der mit der Todesstrafe angeklagt ist, in einem besonderen Teil der Haftanstalt (der Todeskorridor) als unmenschlich bezeichnet worden. Diese Kriterien gelten auch bei der Auslieferung. Ein Staat, der Vertragspartner ist, verstößt gegen Art. 3, wenn er eine Person an einen Staat ausliefert, in dem die Todesstrafe wie beschrieben gilt und in dem die betreffende Person eventuell mit der Todesstrafe belegt wird (Urteil des Europäischen Gerichtshofes, Soering-England, 07.07.1989).

In Art. 1 im Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 ist der Begriff der Folter definiert. Danach ist Folter: *„jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen, um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierungen beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden.“* Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.

In diesem Artikel wird die historische Entwicklung des Foltertatbestandes, dessen Regelung in den türkischen Strafgesetzbüchern mit den Gesetzesnummern 765

und 5237, die Tatbestandsmerkmale der Folter, dessen besondere Erscheinungsformen der Straftat, dessen qualifizierte Fälle, schwere Folter, die Strafbelegung und dessen Ermittlung im näheren untersucht werden.

2. Historische Entwicklung

A. Europäisches Recht

Die auffälligste Entwicklung im Mittelalter zwischen dem XII. und XV. Jahrhundert war, daß der Strafprozess nicht mehr als ein Verfahren zwischen den Parteien angesehen wurde, sondern nun einen öffentlich-rechtlichen Charakter gewann⁶. Zur gleichen Zeit erlebte das Verfahrensrecht einen Übergang von dem System des Akkusationsprinzips⁷ zur Inquisition. Insbesondere wurde in wirtschaftlich starken Städten, der Ermittlungsgrundsatz eingeführt, um somit den Angeklagten so schnell wie möglich zu verurteilen⁸.

Die Erfolglosigkeit der damaligen Verfahrensprozedur bei der Bekämpfung von Straftaten hat zur Einführung und Verbreitung der Inquisition geführt. Der Ziel der Inquisition war, den Schutz der Öffentlichkeit bezweckend, einen Tatbestand, welcher eine Straftat darstellt, im Namen der Öffentlichkeit mit materiellen Beweisen ans Licht zu tragen und den Angeklagten zu bestrafen. Mit dem System der Inquisition fand ein Übergang bei der Wahrheitserforschung von der formellen zur materiellen Wahrheit statt⁹.

Das Geständnis in der Inquisition¹⁰ galt als das beste, das stärkste Beweismittel, es war so zu sagen die "Königin". Um dieses zu erreichen, wurden gegen den Ange-

⁶ Henkel, H. Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 2. Auflage., Stuttgart/Mainz 1968, S. 30; Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, S. 83 ff.

⁷ Das Akkusationsprinzip wurde als erstes in den östlichen Ländern angetroffen, später ist dieses Verfahren in der griechischen und römischen Kultur öffentlich geworden. Erem ist der Meinung, daß wenn die Inquisition, welche sich an das kanonische Recht anlehnt, nicht als Alternative zum Akkusationsprinzip entstanden wäre, so wäre die Strafprozessordnung heute viel weiter entwickelt. Der Autor ist der Ansicht, daß dies der Grund für viele Probleme in unseren Strafprozessrecht ist und hebt hervor, daß die Rückkehr zum System der Akkusationsprinzip viel effektiver sei. Siehe Erem, Faruk, *Diyalektik Açidan Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Auflage, Ankara, 1986, S. 27 ff; Erem Faruk, *Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları*, TBBD, 1988, S. 2 ff. Ausserdem siehe Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 9. Auflage, İstanbul 2002, S. 129,130; Keyman, Selahattin, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara 1970, S. 32 ff.; Artuk, Mehmet Emin - Yenidünya, A. Caner, "Batı ve Türk Hukukunda Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme", İBD., C.:76, S.:1, İstanbul 2002, S. 3 ff.

⁸ Schmidt, s.86 vd; Freyberg, Rolf- Jürgen, *Über die Beschlagnahme*, München 1971, S. 42; Henkel, S. 33.

⁹ Schmidt, Einführung, S. 86; Schmidt, Eberhard, *Inquisitionsprozess und Rezeption*, Leipzig, 1940, S. 5; Kube, Edwin, *Zur Geschichte des Beweisverfahrens und der Kriminalistik in Deutschland*, Diss., 1963, S. 54; Henkel, S. 34; Zwengel, Otto, *Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts* Bad Homburg, 1963, S. 34 ff. Im Ermittlungsgrundsatz wird die Anklage im öffentlichen Interesse geführt, siehe Conrad, Hermann, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band II, Neuzeit bis 1806, S. 413 ff.

¹⁰ Die grundlegenden Besonderheiten der Inquisition könne folgendermassen festgehalten werden: a) Das Ermittlungsverfahren wird nicht von Personen durchgeführt, sondern unmittelbar vom Richter. Der Richter *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

klagten alle Mittel eingesetzt, auch Folter oder andere Zwangsmittel. Die Folter, die im griechischen und römischen Recht nur bei Sklaven angewandt wurde, wurde im Römischen Reich mit der Anerkennung der ausserordentlichen Verfahrensprozedur ab Tiberius auch bei freien, wenn auch den unteren Schichten (Humiliores) angehörenden Personen angewandt¹¹. Dieses Verfahren wurde als ausserordentlich bezeichnet, weil es wie bei dem Akkusationsprinzip nicht mit einer Anklage begann, sondern weil der Praetor ohne Anklage das Verfahren von Amts wegen einleiten konnte.

Im Mittelalter, Anfang des XIII. Jahrhunderts hat Papst Innozenz III beschlossen, dass das ausserordentliche Verfahren aus dem Römischen Recht auch bei kirchlichen Verfahren anzuwenden ist. Somit konnte der Bischof oder sein Stellvertreter, bei Straftaten, die der kirchlichen Gerichtsbarkeit (bei Handlungen gegen die Religion) unterlagen, das Ermittlungsverfahren von Amts wegen einleiten und die Beweismittel selbst erforschen. Da diese Handlungen keine andere Personen zum Ziele hatten, konnte es auch keine Anklage geben, so daß das Eingreifen notwendig war. Das Geständnis und die Zeugen waren die grundlegenden Beweismittel. Die Folter, die grundsätzlich ausgeschlossen war, wurde bei Verfahren, die Glaubensrichtungen gegen die Religion zum Gegenstand hatten, angewandt. Im Jahr 1215 hat das Laterankonzil diese Vorgehensweise bestätigt. Somit entstand die Inquisition, welche im Mittelalter in ihrer ganzen Gewalt angewandt wurde¹².

ter, der das Urteil fällen wird, hat somit die Kompetenz die erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Daher konnte gesagt werden, daß "jeder Richter ein Staatsanwalt" ist. b) Im System galten die gesetzlichen Beweismittel, der Richter hatte also den Angeklagten zu bestrafen, wenn das im Gesetz vorgesehene Beweismittel vorlag, welches den Straftatbestand erfüllt, und zwar auch dann, wenn er davon überzeugt war, daß der Angeklagte unschuldig ist. Wenn der Richter davon überzeugt war, daß der Angeklagte schuldig ist, aber das im Gesetz vorgesehene Beweismittel für den Straftatbestand nicht vorlag, so hatte er ihn freizusprechen. Kurz gesagt, das System bot keinen Raum für die richterliche Überzeugung (der Richter ist dem Gesetz und seinem Gewissen unterworfen) bei der Urteilsfindung. Jede Klageart hatte seine eigenen Beweismittel und nach diesen mußten die Urteile gefällt werden. c) Jeder Verfahrensabschnitt war geheim und der Angeklagte hatte im Verfahren als Partei keine aktive Rolle; er konnte nur eine schriftliche Verteidigung abgeben. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt. Der Richter konnte, um ein Geständnis des Angeklagten zu erreichen, jedes Mittel, auch die Folter, anwenden. d) Zwischen dem Angeklagten und den ihm beschuldigenden Richter gab es keine Gleichheit. e) Der Angeklagte konnte vor der Verurteilung verhaftet werden. Für das System der Inquisition siehe **Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Auflage, İstanbul 2000, S. 59; **Yurtcan**, S. 129; **Öztürk, Bahri-Erdem, Ruhan Mustafa**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Auflage, Ankara 2006, S. 62 ff. **Vidal, Georges – Magnol, Joseph**, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, t.II, 9. éd. Paris 1949, S. 886-887.

¹¹ v. **Hippel, Robert**, Deutsches Strafrecht, Band. I, Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925, S. 53 Fußnote 1 und S. 70.

¹² **Bouzat, Pierre - Pinatel, Jean**, Traité de droit pénal et de criminologie, t.II, procédure pénale. Régime des mineurs. Domaine des lois pénales dans le temps et dans l'espace, par Pierre Bouzat, 2. éd., Paris 1970, S. 896-897; **Merle, Roger - Vitu, André**, Traité de droit criminel, Paris 1967, S. 68; **De Vabres, H. Donnedieu**, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3. éd., Paris 1947, S. 578-579. Das Verfahren der Inquisition hat alle formellen Regeln, die bis dahin galten, bei Seite geschoben und somit auch das Vertrauen in das Recht geschwächt, ein Chaos verursacht und die kompetenten Stellen konnten frei ihrer Willkür handeln. Demnach konnte das Geständnis des Angeklagten, welches für seine

Das Inquisitionsverfahren im kanonischen Recht, welches auch als ausserordentliches Verfahren bekannt ist, wurde ab dem XIII. Jahrhundert bei säkularen Gerichten angewandt. Die Anwendung der Inquisition bei säkularen Gerichten hat mehrere Gründe; diese sind unter anderem, daß die Glossatoren, die der Bologna-Schule angehörten, das Römische Recht wiederbelebten; daß das kanonische Recht, welches unter dem Einfluß des Römischen Rechts steht, auch von den säkularen Gerichten in Norditalien angewandt wurde; daß die Lehrkräfte und Schüler der westeuropäischen Universitäten ihre Ideen verbreitet haben.

Ein weiterer Grund, weshalb die säkularen Gerichten das Inquisitionsverfahren angewandt haben, lag in wirtschaftlichen Gründen. Die Nichtahndung einer Straftat, welche dem Staat finanzielle Mittel bescherte, so zum Beispiel durch Geldstrafen, hat dem König oder dem Feudalherrn Schaden zugefügt. Um dies zu vermeiden, gab man den säkularen Richtern die gleichen Befugnisse wie den religiösen Richtern, so daß nun auch diese von Amts wegen eine Straftat ahnden konnten; ausserdem wurde dem Gericht ein Vertreter der Staatskasse beigegeben, der die Interessen der Regierung vertrat. Dieser Vertreter stellt den Kern des später eingerichteten Instituts der Staatsanwaltschaft dar¹³.

In Frankreich nahm im XIII. Jahrhundert langsam aber stetig die Anwendung des Inquisitionsverfahren bei säkularen Gerichten zu. Die Grundsätze dieses Verfahrens wurden in Anordnungen der Könige Ludwig XII (1498) und Franz I (1539) getroffen; unter König Ludwig XIV wurde im Jahr 1670 eine "Grosse Anordnung" erlassen, welche ebenfalls Grundsätze des Inquisitionsverfahren erhielt; dieses gilt als die erste Strafprozessordnung des Landes¹⁴.

Die Anordnung aus dem Jahr 1670 sah zwei Arten der Folter vor, diese waren legale Mittel der Strafprozessordnung:

1) die Vorbereitungsfolter (*La question préparatoire*): Dies war eine Folterungsart im Ermittlungsverfahren und konnte nur unter bestimmten Voraussetzungen angewandt werden: Die Strafhandlung mußte unter der Todesstrafe stehen, es mußte feststehen, daß der Angeklagte die Tat begangen hat, d.h. es mußten sehr wichtige Beweise gegen den Angeklagten vorliegen.

2) Die Vorfolter (*La question préalable*): Diese Folterungsart fand nach der Urteilsverkündung der Todesstrafe statt, aber vor der Hinrichtung; sie wurde angewandt, damit der Angeklagte seine Mittäter preisgab¹⁵.

Die Anordnung unterteilte die Folter in Bezug auf ihre Dauer und in Bezug, ob neuere Methoden angewandt wurden oder nicht, in die ordentliche und ausserordentliche Folter.

Auch unterschieden sich die Foltermethoden in den jeweiligen Bundesländern und Gerichten¹⁶.

Verurteilung notwendig war, mit allen Mitteln – auch der Folter – erreicht werden. Siehe Freyberg, S. 45, Kube, S. 57, ff. Henkel S. 34, 35, Schmidt, Einführung, S. 91 ff.; Schmidt, Inquisition, S. 5.

¹³ Merle-Vitu, S. 68-69.

¹⁴ Merle-Vitu, S. 69; De Vabres, S. 579.

¹⁵ Merle-Vitu, S. 72 und auf der gleichen Seite Fußnote 2; Bouzat-Pinatel, t. II, S. 896.

¹⁶ Bouzat-Pinatel, t. II, S. 896.

In der zweiten Hälfte des Mittelalters in Deutschland, d.h. um die Jahre 900 – 1450, nahm das Inquisitionsverfahren den Platz des Akkusationsprinzip ein. Das Geständnis war das wichtigste Beweismittel. Um das Geständnis zu erlangen, wurde die Folter, welche schon lange zuvor im Schwabenspiegel¹⁷ (1270) als legales Mittel beschrieben wurde, angewandt. Die Anwendung der Folter war nicht an die vorhandenen Zweifel gebunden, sie lag im Ermessen des Klägers und des Urteil fällenden Richters¹⁸.

Das italienische Recht des Mittelalters war weder richtiges Römisches Recht noch richtiges kanonisches Recht; es war das norditalienische Recht, welches unter den Postglossatoren Gandinus, Bartolus, Baldus, Angelus Aretinus als eine Einigung des Römischen und kanonischen Rechts entstanden war. Das italienische Recht des Mittelalters wurde in Deutschland auf zwei Wegen bekannt: Die Promotion deutscher Juristen an den Universitäten in Norditalien und die Verbreitung der für das Volk gedachten Schriften. Somit hat das italienische Recht, die deutsche Strafprozessordnung des XV. und XVI. Jahrhunderts geprägt¹⁹.

Das wichtigste Werk der Rezeptionsbewegung im XVI. Jahrhundert ist die im Jahr 1532 entstandene *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC)²⁰, welche von Karl V erlassen wurde. Sie beinhaltete materielle und formelle Strafrechtsnormen und war das erste allgemeine deutsche Strafgesetzbuch und galt drei Jahrhunderte lang. Dieses Gesetz sah das Akkusationsprinzip vor und für eine Verurteilung war ein Geständnis (§60) oder die Aussage zweier Zeugen, die die Tat gesehen hatten, notwendig (§§67, 69)²¹. Doch da man meist keine direkten Zeugen fand, war das Geständnis fast das einzige Beweismittel. Man versuchte mit der Folter ein Geständnis zu erreichen, um somit die Wahrheit zu erforschen. Die Carolina hat, um die Willkür bei diesem Thema zu unterbinden, die Folter erlaubt und dessen Vollstreckung an detaillierte Regelungen gebunden (§§ 6, 8, 9, 20-61)²². Um die Folter anwenden zu können, war eine Anzeige oder eine einfache Verdächtigung nicht ausreichend, es bedurfte eines starken ausreichenden Tatverdachts (heutzutage ist dieses Kriterium für die Verurteilung vorgesehen) (§§18 ff.). Indizien müssen durch zwei gute Zeugen bewiesen sein. Handelt es sich nicht um bloße Indizien, d.h. Tatsachen, die nur mittelbar die Schuld des Täters

¹⁷ Mit dem Begriff des "Spiegels" war gemeint, daß "alte und fordauernde aber noch nicht im allgemeinen festgestellte Rechte auflebten". Schwaben, liegt im alten Deutschland zwischen Thüringen, Bayern und der Schweiz. Bewohner dieser Fläche werden als Schwaben bezeichnet. Siehe **Hönig, Richard**, *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, 2. Auflage, İstanbul 1935, S. 122 ff.

¹⁸ **Roxin, Claus**, *Strafverfahrensrecht*, Ein Studienbuch, 20. Auflage München 1987, S. 409.

¹⁹ **Roxin**, S. 410.

²⁰ Siehe für den Text der Carolina, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, herausgegeben und erläutert von **Gustav Radbruch**, Stuttgart 1967. Siehe ausserdem **Schroeder, Friedrich-Christian**, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532*. U.R. Schriftenreihe der Universitaet Regensburg, Band 3, Sonderdruck, Juni 1980, S. 25 ff.

²¹ **Gökçen, Ahmet**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, Ankara 1994, S. 59 ff.

²² **Gökçen**, *Elkoyma*, S. 59.

anzeigen, sondern um die "hauptsach der missetat" um Haupttatsachen, so genügt zur Folterung ein guter Zeuge (§§ 23, 30)²³.

Das Geständnis nach der Folter war ein wirksames Beweismittel (§ 58). Jedoch durfte dem Angeklagten, der gefoltert werden sollte, die Formulierung des Geständnisses bzgl. einer Tat nicht in den Mund gelegt werden, es durfte keine Vorformulierung stattfinden (§ 56). In der Carolina waren für die Folter gewisse Grenzen vorgesehen, doch wie die Folter durchgeführt werden sollte und ihre Intensität oblag dem Ermessen des Richters (§ 58). Aber der Richter hatte keine grenzenlosen Befugnisse. Während der Folter durften dem Angeklagten keine gefährlichen Verletzungen zugefügt werden und sein Körper durfte keinen grossen Schaden nehmen (§ 59). Auch mußte das Geständnis glaubhaft sein (§60)²⁴.

Im Westen haben sich besonders die Autoren der Aufklärung dem Thema der Folter, welches ein legales Verhörmittel war, angenommen. Unter ihnen waren Beccaria (1735-1794), Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778). Beccaria hat im Jahr 1764 in Mailand sein Werk "Von den Verbrechen und von den Strafen"²⁵ veröffentlicht und in seiner Arbeit den XII. Teil der Folter vorbehalten. Zu diesem Thema besagt Beccaria daß "es sehr gefährlich und lächerlich ist, wenn eine Person seine eigene Anklage erhebt. Es ist so, als ob die Wahrheit in seinen Muskeln und Nerven steckt und mit der Folter will man diese ans Tageslicht befördern, dies ist abscheulich und dummlich"²⁶, "die Folter führt zu einer Bestrafung der Schwachen, die Starken werden sogar freigesprochen"^{27/28}.

Die Werke dieser Autoren haben gefruchtet. In Frankreich wurde die Vorbereitungsfolter am 24. August 1780 und die Vorfolter am 8. Mai 1788 aufgehoben²⁹.

In Deutschland hat der Jesuitenpriester Friedrich von Spee (1591-1635) in seinem Werk "Cautio Criminalis" aus dem Jahr 1631 die Folter kritisiert, ihm folgte Christian Thomasius (1655-1728). In diesem Land hat die Bekämpfung der Folter die ersten Früchte im XVIII. Jahrhundert getragen. In Preussen wurde die Folter drei Tage

²³ Peters, Karl, Strafprozess, ein Lehrbuch, 3. Auflage, Heidelberg-Karlsruhe 1981, S. 60.

²⁴ Siehe für detaillierte Angaben Conrad, II, S. 413 vd; Schroeder, S. 41; Demirbaş, İskence, S. 8 ff.

²⁵ Beccaria, (Übersetzer Muhiddin Göklü), Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, 3. Auflage, İstanbul 1964, S. 157 ff.; Beccaria's Werk wurde von verschiedenen Autoren zu verschiedenen Zeiten ins Französische übersetzt; siehe *Traité des délits et des peines par Beccaria; Traduit de l'Italien par André Morellet, Paris, An V. 1797.* Einem weiteren anonymen Autor ist folgende Übersetzung zu verdanken: "Des délits et des peines" par Beccaria. Traduction nouvelle, diese wurde 1822 in Paris veröffentlicht. M. Faustin Hélie hat sein detailliertes Vorwort (S. I-XCII) in dem Werk "Des délits des peines par Beccaria. Deuxième édition" 1870 in Paris veröffentlicht. Dieses Werk Beccaria wurde unter anderem von Sami Selçuk unter dem Titel "Suçlar ve Cezalar Hakkında" ins türkische übersetzt und die Übersetzung wurde 2004 in Ankara veröffentlicht.

²⁶ Beccaria, S. 159.

²⁷ Beccaria, S. 161.

²⁸ Beccaria hat trotz dieser Aussagen, die Folter und die Hinrichtung eines seiner Dieners, der seine Uhr gestohlen hat, befürwortet. Siehe Sabatini, Giuseppe, "Poligraf ve Vicdan Hürriyeti", (Übersetzer: Tosun, Öztekin, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmûası, Cilt:28, Sayı:2, İstanbul 1962, S. 433, Demirbaş, İskence, S. 14, Fußnote 21.

²⁹ Merle-Vitu, S. 67.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

nach dem Regierungsantritt Friedrich des Grossen (3. Juni 1740) für den Regelfall beseitigt. Bei schwerwiegenden Straftatbeständen wurde die Prügelstrafe in den Jahren 1754 bis 1756 abgeschafft. Die anderen deutschen Staaten folgten langsam diesem Beispiel. In Bayern verfasste der Jurist Anselm von Feuerbach (1755-1833) 1804 sein Werk "über die Notwendigkeit der Aufhebung der Tortur in Bayern" und nach diesem Werk, unterzeichnete der Kurfürst am 3. Juli 1806 das Edikt über die Abschaffung der peinlichen Frage. Die legale Folter der Inquisition wurde in Gotha 1828 beseitigt³⁰.

B. Das Türkische Recht

Vor der Annahme des Islams ist in den türkischen Staaten die Folter als Verhörmittel nicht anzutreffen. Auch nach der Annahme des Islams ist in den türkischen Staaten und in dem zu der Zeit gegründeten Osmanischen Reich die Folter nicht als strafprozessuales Mittel vorgesehen³¹. Jedoch wurde die Folter wie heutzutage, besonders in der Untergangsphase des Osmanischen Reichs als Verhörmittel angewandt³².

Die Tanzimat-Anordnung (1839) und die Hatt-ı Hümayun-Anordnung (1856), beide stammen aus der letzten Zeit des Osmanischen Reichs, verboten die Folter und die Quälerei. Um diese Anordnungen anzuwenden wurde in den Strafgesetzbücher aus dem Jahr 1840 (1256) mit dem Namen Kanun-ı Ceza und dort im § 1 des 3. Abschnittes und im Gesetz Kanun-ı Cedit aus dem Jahr 1851 (1267) in § 2 des 4. Abschnittes die Anwendung der Folter durch Beamte des öffentlichen Rechts verboten und unter Strafe gestellt³³.

Der § 243 in dem alten türkischen StGB ist dem § 103 des alten Strafgesetzbuches (Ceza Kânunname-i Hümayûnu) aus dem Jahr 28. Zilhidje 1274 (entspricht dem 9. August 1858) entnommen. Der § 103 hatte folgenden Wortlaut: "*Mitglieder eines Gerichts oder Ausschusses oder sonstige Staatsbeamte, die gegen Angeschuldigte, um sie zum Geständnis ihrer Straftaten zu veranlassen, auf Folterung erkennen oder die*

³⁰ Peters, S. 64.

³¹ Der Scheichulislam Ebussuud Efendi hat in einer Fetva die Folter als nicht legales Mittel benannt: "Mes'ele: Bir su'ale cevapta" ahz-i şedid ile ahz olunmak lazım olur" deyu buyurulmuş, ahzi şedidden murad ehl-i urf şikencesi midir? Elcevap: Haşa, ehl-i urfun ahzı iradat olunmak dahi mümkün değildir, fekeyfe ki şikencesi ola. Ehl-i şer' ahzedip meslic-i şer'a getirip, itimad olunur kimse ile kefile verilir. Müttehem ise yahud dava olunan zulm ü adavetine bir şahid bulunur ise habs edip, şer'le teftiş tamam olunca bu vechile etmek muraddır. Eğer kefil eğer hapis, ehl-i'urf dahilsiz olmak lazımdır. Hırsızlığı zahir olursa, ondan sonra ehl-i'urfe verilir." Die Übersetzung dieser Fetva lautet wie folgt: "Auf eine Frage hin wurde die Antwort "man muß gewalt anwenden, um die Antwort zu erhalten" gegeben. Ist damit die Folter durch die Vollstreckungsbeamten gemeint? Die Antwort lautet: Niemals. Die Vollstreckungsbeamten können ja nicht einmal einen Befehl zur Antwort geben, wie soll da die Folter erlaubt sein? Nur der ersuchte oder beauftragte Richter kann den Angeschuldigten verhören und zu Gericht bringen und dort einer Vertrauensperson in Bürgschaft geben. Wenn der Angeschuldigte schuldig ist, so wird er eingesperrt und bis zum Ende des Ermittlungsverfahren dort festgehalten. Die Vollstreckungsbeamten haben keine Befugnisse bezüglich des Angeschuldigten und den Bürgenden. Wenn die Schuld des Angeschuldigten feststeht, so wird dieser den Vollstreckungsbeamten übergeben, damit diese die Strafe vollstrecken". Siehe **Düzdağ, M. Ertuğrul**, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1983, 661. Fälle, S. 138 ff.; **Demirbaş, İşkence**, S. 17.

³² Bkz. **Demirbaş, İşkence**, S. 18.

³³ Bkz. **Gökçen**, S. 97 ff.

*Folter selbst anwenden, werden mit zeitiger Festungshaft oder dauerndem Verlust der Rangstellung und des Amtes bestraft. Haben unterstellte Beamte auf Befehl ihrer Vorgesetzten gehandelt, so trifft die Strafe denjenigen, der den Befehl gegeben hat. Ist der Gefolterte infolge davon gestorben oder hat die Folterung die Gebrauchsunfähigkeit oder den Verlust eines Gliedes zur Folge gehabt, so wird gegen den betreffenden Beamten wegen Tötung oder Körperverletzung vorgegangen.*³⁴

Damit hat diese Norm vorgesehen, daß unterstellte Beamte, die auf Befehl ihrer Vorgesetzten gehandelt haben, nicht bestraft werden, wenn deren Handlung nicht Tötung oder Körperverletzung zu Folge hat; daneben war jedoch auch vorgesehen, daß wenn der Gefolterte infolge davon gestorben ist oder hat die Folterung die Gebrauchsunfähigkeit oder den Verlust eines Gliedes zur Folge gehabt, so wird der betreffende Beamte – auch wenn der Vorgesetzte den Befehl erteilt hat – neben der Strafe aus Satz 1 auch noch wegen Tötung oder Körperverletzung bestraft³⁵.

Der Art. 73 der Verfassung aus dem Jahr 1924 enthielt folgenden Wortlaut: “die Folter ist verboten”. Die Auswirkungen dieser Verfassungsnorm waren in der ersten Form des alten türkischen StGB in § 243, welche als Gesetz mit der Nummer 765 in Kraft getreten ist, vorhanden:

“Vorsitzende und Mitglieder von Gerichten und amtlichen Körperschaften sowie sonstige Regierungsbeamte, die einen Beschuldigten foltern, um ihm zum Geständnis zu veranlassen, werden mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren und mit dauernde oder zeitlichem Verlust der Amtsfähigkeit bestraft.

Die Strafbarkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beamten auf Befehl oder Verlangen ihres Vorgesetzten gehandelt haben.

Die Vorgesetzten gelten als Gehilfen.

*Stirbt der Gefolterte so wird der Täter nach Artikel 452 bestraft; hat die Folterung den Verlust eines Gliedes oder dessen Gebrauchsunfähigkeit oder eine dauernde Verstümmelung oder Verunstaltung zur Folge, so wird der Täter nach Artikel 456 bestraft.*³⁶

Der Wortlaut gibt anders als in dem Gesetz, von welchem es rezeptiert worden ist, statt “Quälerei und Folter” nur die “Folter” wieder. Der wichtigste Unterschied des § 103 gemäß des Gesetzes aus dem Jahr 1274 befindet sich in den Absätzen 2 und 3. Der Abs. 2 sah vor, daß der Beamte, welcher auf Befehl und mit Verlangen seines

³⁴ Siehe für die Übersetzung der Norm: Nord, Erich, Das türkische Strafgesetzbuch vom 9. August 1858, Deutsche Übersetzung nebst Einleitung und Anmerkungen, Berlin 1912, S. 33.

³⁵ In der Lehre wurde vertreten, daß der Satz 2 des § 103 dem § 41 mit dem Wortlaut: “der Beamte muß seinem Vorgesetzten gehorchen und Respekt sollen im Rahmen des Gesetzes, doch sein Gehorsam gilt seinem Dienstherrn. Aus dem nachfolgenden Gesetz geht hervor, daß bei gesetzeswidrigen Angelegenheiten der Gehorsam gegenüber dem Vorgesetzten nicht von der Schuld befreiend ist.” des Kanûn-ı Esâsi aus dem Jahr 1876 widerspricht. Siehe Ahmed Ziya, Mufassal Kanunu Ceza ve Teferruatı Şerhi, C.: II, İstanbul 1339-1341, S. 315. Ayrıca bkz. Gökçen, S. 136.

³⁶ Das türkische Strafgesetzbuch vom 1. März 1926, übersetzt und mit einer Einführung versehen von Naci Şensoy und Osman Tolun, Berlin 1955, Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. Herausgegeben vom Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Universität Freiburg i. Br. LXVII. Im türkischen Text steht anstatt oder, und.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Vorgesetzten den Straftatbestand der Folter erfüllt, seiner Haftung mit dieser Behauptung eines Befehls nicht entgehen konnte, der Abs. 3 regelte weiterhin, daß der Vorgesetzte, der den Befehl erteilt hat, nicht als Haupttäter, sondern als Gehilfe zu bestrafen ist. Mit anderen Worten: die erste Form des § 243 hat bei dem Beamten, welcher auf Befehl und mit Verlangen seines Vorgesetzten die Folter ausgeübt hat, keine Herabsetzung des Strafmaßes vorgesehen. Das Gesetz hat diesen Beamten als Haupttäter und den Vorgesetzten, welcher die Tat befohlen oder empfohlen hat, als Gehilfe bezeichnet.

Im Jahr 1961 wurde die Norm entsprechend des Art. 5³⁷ der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 umgeändert. Somit wurden dem Wortlaut neben der „Folter“ auch die Wörter „grausam, unmenschlich, ehrverletzend“ beigefügt. Auch wurden die Absätze 2 und 3, welche den Grundprinzipien entgegenliefen, aus dem Text entfernt und insofern wurde der § 49 des alten türkischen StGB als ausreichend empfunden. Vor dieser Änderung enthielt der Absatz 4 des § 243 nur einen Verweis auf die §§ 452 und 456. Mit der Änderung sieht die Norm nun vor, daß wenn bei einer schlechten Behandlung einer Person zum Zwecke eines Geständnisses, die Person stirbt, der Angeschuldigte gemäß § 452 und bei einer Körperverletzung der Person der Angeschuldigte gemäß § 456 bestraft wird und daß seine Strafe um ein Drittel bis um die Hälfte erhöht wird³⁸.

Im Jahr 1999 wurde mit dem Gesetz unter der Nummer 4449 eine Änderung vorgenommen. Die Opferzahl der Folter wurde erhöht³⁹, die Grenzen des subjektiven Tatbestandes wurden erweitert, die Strafandrohung wurde erhöht, so daß die Norm nun zeitgemäßer und den Menschenrechten besser angepaßt ist⁴⁰.

Das türkische StGB vom 26.09.2004 mit der Nummer 5237 hat das Gesetz mit der Nummer 765 ersetzt und in den §§ 94, 95 die Folter geregelt.

Die Folter ist wenn auch bei verschiedenen Wortlauten in internationalen Verträgen (der Art. 5 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948; der Art. 3 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950; das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984; das Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26. November 1987) und in den Strafgesetzbüchern, wenn auch nicht derselbe Wortlaut verwendet wird (zum Beispiel der § 239 des griechischen StGB's aus dem Jahr 1950; der § 147 des dänischen StGB's aus dem Jahr 1930 und der § 343 des deutschen StGB's aus dem Jahr 1975) als verbotene Handlung festgelegt.

³⁷ Der Art. 5 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte lautet: „Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. Düstur, III. Tertip, C.: II, Ankara 1970, S. 7217.

³⁸ Für die Begründung des Gesetzes vom 5.1.1961 mit der Nummer 235 siehe Çağlayan, M. Muhtar, Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş 3. Auflage (C.: II), (m. 125-315) Ankara Tarihsiz., S. 810.

³⁹ Nunmehr können nicht nur Beschuldigte/Angeschuldigte, sondern auch Privatkläger, Nebenkläger und Zeugen ebenfalls Opfer einer Straftat i. S. d. Artikel 243 sein.

⁴⁰ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 1, C.:12, 58. Birleşim, S. 49 ff.

3. Rechtsvergleichender Ausblick

A- Frankreich

Das französische Strafgesetzbuch⁴¹ ist am 1.3.1994 in Kraft getreten. Der Folttertatsbestand befindet sich unter dem 1. Abschnitt mit der Überschrift "Vorsätzliche Verletzungen der Unversehrtheit der Person" im 2. Kapitel mit dem Titel "Verletzungen der körperlichen oder seelischen Unversehrtheit der Person". Der Gesetzgeber hat unter dem Titel "Folter und brutale Mißhandlungen" die Verantwortung der Personen bei der Anwendung der Folter geregelt und diese in den Art. 222-1, 2, 3, 4, 5, 6 festgehalten. In Art. 222-6-1 ist geregelt, daß auch juristische Personen als Täter des Folttertatsbestandes in Frage kommen.

Gemäß Art. 222-1 Abs. 1 gilt "*Wer eine Person foltert oder brutal mißhandelt, wird mit 15 Jahren Zuchthaus bestraft.*".

In den weiteren Artikeln des Gesetzes sind die qualifizierten Fälle des Tatbestandes geregelt. Der Art. 222-2 Abs. 1 lautet: "*Die in Art. 222-1 bezeichnete Straftat wird mit lebenslangem Zuchthaus bestraft, wenn sie vor, gleichzeitig mit oder nach einem anderen Verbrechen als einem Totschlag oder einer Vergewaltigung begangen wird*".

Gemäß 222-3. ist folgendes geregelt: "*Die in Art. 222-1 bezeichnete Straftat wird mit 20 Jahren Zuchthaus bestraft, wenn sie begangen wird:*

1- *an einem Minderjährigen unter 15 Jahren*

2- *an einer Person, deren besondere, durch Alter, Krankheit, Behinderung, körperliches oder seelisches Gebrechen oder Schwangerschaft bedingte Verletzbarkeit offenkundig oder dem Täter bekannt ist,*

3- *an einem ehelichen oder nichtehelichen Verwandten aufsteigender Linie oder an einem Adoptivelternteil,*

4- *(mit der Gesetzesnummer 2003-239 am 18. März 2003 dem Artikel eingefügt) an einem Richter oder Staatsanwalt, einem Geschworenen, einem Rechtsanwalt, einer Urkundsperson oder einem Inhaber eines öffentlichen Amtes der Rechtspflege, einem Angehörigen der Nationalgendarmerie, einem Beamten der Nationalpolizei, der Zollbehörden, der Justizvollzugsverwaltung oder an jedem anderen Amtsträger, an einem Angehörigen der Berufs- oder der Freiwilligen Feuerwehr, einem vereidigten Hauswart von Gebäuden oder Gebäudegruppen oder einem Angestellten, der in Anwendung von Art. L. 127-1 Code de la construction et de l'habitation für einen Vermieter in Wohngebäuden Hausmeister- oder Wachdienste versieht, in Ausübung seiner Funktionen oder wegen seiner Funktionen, wenn die Eigenschaft des Opfers offenkundig oder dem Täter bekannt ist,*

4 bis- *an dem Ehegatten, den direkten Verwandten aufsteigender und absteigender Linie der in Nr. 4 genannten Personen oder an jeder anderen Person, die gewöhnlich in deren Wohnung lebt, wegen der von diesen Personen ausgeübten Funktionen,*

⁴¹ Für die Übersetzung des französischen Strafgesetzbuches siehe: **Lüdicke, Liselotte/Jung, Heike/Walther, Julien**, Das französische Strafgesetzbuch, Code Pénal, Schriftenreihe des Max-Plancks-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Band G 121, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 136 ff. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

4 ter- an einem Bediensteten des Betreibers eines öffentlichen Personenbeförderungsnetzes oder an jeder anderen Person, die mit einer öffentlichen Aufgabe betraut ist, sowie an einem Angehörigen der Gesundheitsberufe, in Ausübung seiner Funktionen, wenn die Eigenschaft des Opfers offenkundig oder dem Täter bekannt ist,

5- an einem Zeugen, einem Opfer oder einer Zivilpartei, entweder um zu verhindern, daß sie die Tat anzeigen, Klage erheben oder vor Gericht aussagen, oder weil sie Anzeige erstattet, Klage erhoben oder ausgesagt haben,

5 bis- (mit der Gesetzesnummer 2003-88 am 3. Februar 2003 dem Artikel eingefügt) wegen der tatsächlichen oder vermeintlichen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit des Opfers zu einer bestimmten Ethnie, nation, Rasse oder Religion,

5 ter- (mit der Gesetzesnummer 2003-239 am 18. März 2003 dem Artikel eingefügt) wegen der sexuellen Orientierung des Opfers,

6- vom Ehegatten oder Lebensgefährten (mit der Gesetzesnummer 2006-399 am 4. April 2006 dem Artikel eingefügt) des Opfers oder von dem mit dem Opfer durch einen zivilen Solidaritätspakt verbundenen Partner,

7- von einer Person, die Inhaber öffentlicher Gewalt oder mit einer öffentlichen Aufgabe betraut ist, bei oder anlässlich der Ausübung ihres Amtes oder der Erfüllung ihrer Aufgabe,

8- von mehreren als Täter oder Teilnehmer handelnden Personen,

9- mit Vorbedacht oder aus dem Hinterhalt,

10- unter Einsatz einer Waffe oder Drohung damit.

Die in Art. 222-1 bezeichnete Straftat wird ebenfalls mit 20 Jahren Zuchthaus bestraft, wenn sie mit anderen sexuellen Angriffen als einer Vergewaltigung einhergeht.

Die angedrohte Strafe erhöht sich auf 30 Jahre Zuchthaus, wenn die in Art. 222-1 bezeichnete Straftat an einem Minderjährigen unter 15 Jahren von einem ehelichen, nichtehelichen oder Adoptivverwandten aufsteigender Linie oder von jeder anderen Person begangen wird, deren Aufsicht der Minderjährige untersteht.

Die ersten beiden Absätze des Art. 132-23 über die Sicherheitsperiode sind auf die im vorliegenden Artikel bezeichneten Straftaten anwendbar."

Gemäß Art. 222-4. Abs. 1 gilt folgendes: "Die in 222-1 bezeichnete Straftat wird mit 30 Jahren Zuchthaus bestraft, wenn sie in einer organisierten Bande oder gewohnheitsmäßig an einem Minderjährigen unter 15 Jahren oder an einer Person begangen wird, deren besondere, durch Alter, Krankheit, Behinderung, körperliches oder seelisches Gebrechen oder Schwangerschaft bedingte Verletzbarkeit offenkundig oder dem Täter bekannt ist."

Der Wortlaut des Art. 222-5 Abs. 1 besagt: "Die in Art. 222-1 bezeichnete Straftat wird mit 30 Jahren Zuchthaus bestraft, wenn sie zu einer Verstümmelung oder dauernden Behinderung geführt hat."

Gemäß Art 222-6 Abs. 1 gilt: "Die in Art. 222-1 bezeichnete Straftat wird mit lebenslangem Zuchthaus bestraft, wenn sie zum Tod des Opfers geführt hat, ohne daß Tötungsvorsatz vorlag."

In Art. 222-6-1 ist die Haftung der juristischen Personen bei dem Foltertatbestand vorgesehen⁴². Gemäß Art. 226-1, Absatz 1 gilt: *"gegen juristische Personen, die unter den in Art. 121-2 vorgesehenen Bedingungen als strafrechtlichverantwortlich für die in diesem Absatz aufgeführten Straftaten angesehen wurden, können ausser der Geldstrafe gemäß den Bestimmungen des Art. 131-38, die in Art. 131-39 vorgesehenen Strafen verhängt werden."*

Der Vorentwurf des türkischen StGB von 1997 und der Entwurf von 2000 steht unter dem Einfluß des französischen StGB's aus dem Jahr 1994. Dies wurde in der Begründung zu dem § 139 des Vorentwurfs von 1997 und dem § 140 des Entwurf von 2000 evident bemerkt⁴³.

B- Spanien

Das spanische Strafgesetzbuch vom 23. November 1995 enthält im zweiten Buch mit der Überschrift "Straftaten und ihre Strafen" unter dem Titel VII mit der Überschrift "Folter und andere Straftaten gegen die moralische Unversehrtheit" (§§ 173 – 177) Regelungen zur Folter.

Gemäß § 173 gilt: *"Wer eine andere Person einer erniedrigenden Behandlung unterzieht und damit ihre moralische Unversehrtheit schwer beeinträchtigt, wird mit Gefängnis von sechs Monaten bis zu zwei Jahren bestraft."*

§ 174 hat folgenden Wortlaut: *"Folter begeht der Amtsträger oder Beamte, der unter Mißbrauch seines Amtes und mit dem Ziel, von einer Person ein Geständnis oder eine Information zu erhalten oder sie für irgendeine Tat zu bestrafen, die sie begangen oder mutmaßlich begangen hat, diese Person Bedingungen oder Verfahren unterwirft, die aufgrund ihrer Art, Dauer oder anderer Umstände körperliche oder geistige Leiden, die Aufhebung oder Verringerung ihrer Kenntnis-, Urteils- oder Entscheidungsfähigkeit bedeuten oder auf irgendeine andere Weise ihre moralische Unversehrtheit beeinträchtigen. Der Täter der Folterhandlungen wird mit Gefängnis von zwei bis zu sechs Jahren bestraft, wenn die Beeinträchtigung schwer ist, und mit Gefängnis von einem Jahr bis zu drei Jahren, wenn sie es nicht ist. Zusätzlich zu den angedrohten Strafen ist jeweils die absolute Untauglichkeitserklärung für die Dauer von acht bis zu zwölf Jahren zu verhängen."*

Jeweils dieselben Strafen verwirkt der Amtsträger oder Beamte einer Strafvollzugsanstalt oder einer Schutz- oder Besserungsanstalt für Minderjährige, der hinsichtlich Festgenommenen, Anstaltsinsassen oder Gefangenen die Handlungen begeht, auf die sich der vorhergehende Absatz bezieht."

Gemäß § 175 ist folgende Regelung festgehalten: *"Der Amtsträger oder Beamte, der unter Mißbrauch seines Amtes und außerhalb der vom vorgehenden Artikel erfaßten Fälle die moralische Unversehrtheit einer Person beeinträchtigt, wird mit Gefängnis von zwei bis zu vier Jahren bestraft, wenn die Beeinträchtigung schwer ist,*

⁴² Siehe für das französische StGB Code Pénal, 104. édition, Dalloz, 2007.

⁴³ 1997 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri:3, S. 215; 2000 Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2000, S. 240.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

und mit Gefängnis von sechs Monaten bis zu zwei Jahren, wenn sie es nicht ist. In jedem Fall ist dem Täter zusätzlich zu den angedrohten Strafen die besondere Untauglichkeitserklärung für öffentliche Anstellung oder öffentliches Amt für die Dauer von zwei bis zu vier Jahren aufzuerlegen.”

Gemäß § 176 gilt: *“Die in den vorgehenden Artikeln jeweils festgelegten Strafen werden dem Amtsträger oder Beamten auferlegt, der unter Verstoß gegen seine Amtspflichten zuläßt, daß andere Personen die in diesen Artikeln aufgeführten Taten begehen.”*

Gemäß § 177 gilt: *“Tritt bei den in den vorhergehenden Artikeln beschriebenen Straftaten zusätzlich zur Beeinträchtigung der moralischen Unversehrtheit eine Verletzung oder Beschädigung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, der Gesundheit, der sexuellen Freiheit oder der Güter des Opfers oder eines Dritten auf, sind die Taten getrennt mit der den begangenen Straftaten oder Übertretungen entsprechenden Strafe zu bestrafen, außer wenn dies schon durch das Gesetz besonders bestraft wird⁴⁴.”*

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, daß die Normen bzgl. der Folter des türkischen StGB's mit der Nummer 5237 dem spanischen StGB entlehnt sind⁴⁵. Dem entgegen ist unserer Meinung nach kein direkter Einfluß des spanischen StGB's auf das türkische StGB ersichtlich. Denn das türkische StGB hat die Folter und die Quälerei als eigenständige Tatbestände vorgesehen und auch deren qualifizierte Fälle sind unterschiedlich geregelt. Doch der Aufbau des § 173 des spanischen StGB hat eine grundlegende Ähnlichkeit mit dem Foltertatbestand des türkischen StGB's mit der Nummer 5237. Daher sind wir der Auffassung, daß das türkische StGB nicht direkt durch das spanische StGB beeinflusst wurde.

4. Das Schutzobjekt

In der Verfassung von 1982 ist in Art. 17 Abs. 3 festgehalten, daß *“niemand gefoltert oder gequält werden darf. Niemand kann einer Strafe oder Behandlung unterzogen werden, die im Widerspruch zur menschlichen Würde steht.”* Die Bestrafung der Zuwiderhandlungen ist im Foltertatbestand geregelt. Das dort geschützte Rechtsgut hat einen gemischten Charakter.

Das türkische StGB⁴⁶ enthält in dem zweiten Buch unter den Straftaten gegen Personen den § 94. Wenn man sich den Platz dieser Norm anschaut, so ist ersichtlich, daß zuerst das Rechtsgut der gefolterten Personen geschützt wird. Der § 94 regelt, daß eine Behandlung, die mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren ist und zu körperlichen oder seelischen Qualen, zur Beeinflussung der Einsichts- oder Willensfähigkeit oder zur Herabwürdigung führt, zu bestrafen ist. Wenn man sich diesen Wortlaut anschaut, so ist ersichtlich, daß das geschützte Rechtsgut dieser Norm, die körperliche

⁴⁴ Für die Übersetzung des spanischen Strafgesetzbuch siehe: Das spanische Strafgesetzbuch. Código Penal vom 23. November 1995 nach dem Stand vom 31. Dezember 2001 (übersetzt von: **Markus Hoffmann-Manuel Cancio Mélia**), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, CXI, Freiburg im Breisgau 2002.

⁴⁵ **Önok**, S. 288.

⁴⁶ Siehe für die deutsche Übersetzung des türkischen StGB: **Tellenbach, Silvia**, Das türkische Gesetzbuch, Gesetz Nr. 5237 vom 26.9.2004 nach dem Stand vom 15.11.2008, Berlin 2008, S. 76 ff.

Unversehrtheit, die seelische und körperliche Gesundheit, die Würde und der Stolz und sogar noch weitergehend das Recht auf Leben ist. Daneben ist zudem zu berücksichtigen, daß eine Einlassung des Angeschuldigten aufgrund einer Folter, durchgeführt von den Ermittlungsbehörden, auch die Gefahr birgt, daß dem Recht nicht auf legale Weise nachgeholfen wurde. Dies widerspricht zudem dem Art. 38/5 der Verfassung von 1982, welcher das Recht auf Schweigen des Angeschuldigten enthält; ausserdem steht dies auch im Widerspruch zu Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (fair trial), welcher aufgrund des letzten Absatzes des Art. 90 der Verfassung zu nationalem Recht geworden ist. In der Tat können Personen aufgrund einer Folter wahrheitwidrige Aussagen treffen oder dazu gezwungen werden, sich diese zu eigen zu machen. Daher dient der § 94 auch dem Strafprozessrecht, um die materielle Wahrheit zu erforschen⁴⁷. In der türkischen StPO ist in § 147 Abs. 1 Nr. e geregelt, daß der Angeschuldigte in Bezug zu der ihm zur Last gelegten Tat schweigen darf (dies ist sein gesetzlich vorgesehenes Recht) und in § 148 ist festgehalten, daß die Einlassung des Angeschuldigten auf seinem freien Willen beruhen muß, daß Mittel (wie zum Beispiel Folter, Verabreichung von Medikamenten, das Ermüden, die Täuschung, Zwang oder Drohungen oder das Benutzen von Mitteln, die die seelische oder körperliche Unversehrtheit schädigen), um seinen freien Willen zu beeinflussen, nicht eingesetzt werden dürfen; daß Einlassungen, die auf diesem Wege erreicht worden sind, nicht als Beweismittel eingesetzt werden dürfen, auch wenn eine Einwilligung vorliegt. Somit wird mit dem Folttertatbestand auch die Strafjustiz und das Interesse der Gerichte als Rechtsgut geschützt.

Der § 343 des deutschen StGB (Aussageerpressung) steht unter der Überschrift "Straftaten im Amt" und das geschützte Rechtsgut ist nach einhelliger Meinung das "Gericht"⁴⁸.

Somit wird bei dem Folttertatbestand das Opfer hinsichtlich seiner seelischen und körperlichen Unversehrtheit, seiner Würde und seinem Recht auf Leben geschützt und zugleich sind aber die Strafjustiz und das Interesse der Gerichtsbarkeit unter Schutz gestellt. Man darf auch nicht vergessen, daß der Täter des Folttertatbestandes "der Beamte des öffentlichen Rechts" ist. Wenn Beamte des öffentlichen Rechts bei der Ausübung ihrer Tätigkeit, Personen foltern, so ist dies auch ein Zeichen dafür, daß die Diziplin bei der Ausübung des öffentlichen Amtes nicht gewahrt werden kann. Aufgrund solcher Handlungen wird das Vertrauen der Bevölkerung in den Staat verringert und zudem leidet das Ansehen der Verwaltung⁴⁹. Demnach kann folgendes festgehalten werden: Diese Handlung schädigt auch das Interesse des Staates, weil der öffentliche Beamte mit dieser Handlung seiner Treuepflicht gegenüber dem Staat zu-

⁴⁷ Demirbaş, İşkence, S. 29; Erman-Özek, S. 234; Özbek, Veli Özer- Bacaksız, Pınar, TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Cilt: II Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, S. 548; Parlar-Hatipoğlu, C. II, S. 1570.

⁴⁸ Siehe Schönke, Adolf-Schroeder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, Lenckner, Theodor - Cramer, Peter- Eser, Albin - Stree, Walter die neubearbeitete 18. Auflage, München 1976, S. 1885; Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (Çev.: Yenisey, Feridun), İstanbul 1989, S. 124 ff.

⁴⁹ Erman-Özek, S. 233-234. Siehe ausserdem Demirbaş, İşkence, S. 28.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

widerhandelt und zugleich wird das Vertrauen der Bevölkerung in die Verwaltung, dessen Vertreter die Verwaltungsbeamten sind, verletzt. Das alte türkische StGB hatte diesen Punkt berücksichtigt und die Folter bei den Straftatbeständen, die im Amt verübt werden, geregelt.

Abschliessend kann festgehalten werden, daß die Folter als Straftatbestand einen gemischten Charakter hat und daß das Schutzgut dieser Rechtsnorm zu aller erst das Interesse des Opfers ist, aber auch die Interessen der Strafjustiz und der Gerichtsbarkeit und der Verwaltung fallen unter das Rechtsgut dieser Norm⁵⁰.

5. Gesetzliche Systematik

Der objektive Tatbestand⁵¹ ist die abstrakte Umschreibung der im Gesetz benannten Tatbestandsmerkmale hinsichtlich eines Straftatbestandes. Die Tatbestandsmerkmale sind von individuellen Handlungen getrennt und abstrakt zusammengefügt und stehen unter einer Strafanschuldung. Wenn diese abstrakt gefassten Tatbestandsmerkmale erfüllt werden und der Vorsatz der Person auch auf die Verwirklichung dieser Tatbestandsmerkmale gerichtet ist, so ist der Tatbestand erfüllt. Mit anderen Worten, die Handlung muß die Merkmale der Vorschrift erfüllen.

Um eine Handlung bestrafen zu können, muß die Handlung, welche in der Umwelt zu Veränderungen führt, die Tatbestandsmerkmale aus dem Strafgesetzbuch genau erfüllen. Wenn eine solche Erfüllung der Tatbestandsmerkmale nicht vorliegt, kann die Handlung nicht als strafbar eingestuft werden. Wenn die Handlung den Tatbestand im Strafgesetz erfüllt, so ist diese Handlung strafbar⁵².

Der Foltertatbestand ist im zweiten Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches unter dem Titel "Straftaten gegen Personen" im dritten Abschnitt in den §§ 94 und 95 geregelt. Bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale müssen diese Normen beachtet werden. § 94 lautet, "(1) Gegen den Amtsträger, der einen anderen in einer Weise behandelt, die mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren ist und zu körperlichen oder seelischen Qualen, zur Beeinflussung der Einsichts- oder Willensfähigkeit

⁵⁰ Der gleichen Ansicht ist auch **Üzülmöz, İlhan**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003, S. 64 ff.; **Üzülmöz, İlhan**, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", in: Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Nisan 2005, S. 231, 232. Es muß erwähnt werden, daß der § 139 des Entwurfes zur türkischen StGB von 1997 die Folter unter der Überschrift "Straftatbestände gegen Personen" geregelt hatte und daß dieser Straftatbestand ein allgemeiner Straftatbestand geworden ist, so daß jeder Opfer und Täter werden konnte. In der Lehre wurde vertreten, daß das geschützte Rechtsgut in dem Entwurf die körperliche Unversehrtheit der Personen ist. Siehe für die Kritik an dem Foltertatbestand aus dem Entwurf von 1997, **Demirbaş, Timur**, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısında İşkence Suçu", Açık Sayfa, S.:13, Nisan 1998, S. 8 vd; **Demirbaş, Timur**, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, 205 ff.. Die Regelung aus dem Entwurf von 1997 wurde in dem Entwurf von 2003 (§ 142) beibehalten.

⁵¹ Siehe **Keyman, Selahattin**, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", AÜHFD., C.: XXXVII, S.: 1-4 (1980), Ankara 1982, S. 59 ff.; **Kunter, Nurullah**, Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, S. 39 ff.; **Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, Ankara 1970, S. 29.

⁵² **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Auflage, Ankara 2007, S. 385 ff.

oder zur Herabwürdigung führt, wird eine Strafe von drei bis zu zwölf Jahren Gefängnis verhängt.

(2) Wird die Tat;

a) gegen ein Kind, eine Person, die wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands wehrlos ist, oder eine Schwangere,

b) gegen einen Rechtsanwalt oder einen anderen Amtsträger wegen seiner Funktion

begangen, so wird eine Strafe von acht bis 15 Jahren Gefängnis verhängt.

(3) Wird die Tat in Form einer sexuellen Belästigung begangen, so wird eine Strafe von zehn bis 15 Jahren Gefängnis verhängt.

(4) Andere Personen, die an der Begehung dieser Tat beteiligt sind, werden ebenfalls wie ein Amtsträger bestraft.

(5) Wird die Tat durch Unterlassen begangen, so wird bei der zu verhängenden Strafe keine Milderung aus diesem Grund vorgenommen". Die schwere Folter ist aufgrund ihrer Folgen in § 95 geregelt. Wenn das Opfer aufgrund der Folter des Amtsträgers die in § 95 genannten Folgen davonträgt, so ist dies unter erschwerte Strafe gestellt.

6. Der objektive Tatbestand

A. Handlung

Die Handlung ist eine durch eine Person begangene oder unterlassene Tat. In der türkischen StGB ist in § 94 folgende Handlung unter Strafe gestellt: "... in einer Weise behandelt, die mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren ist und zu körperlichen oder seelischen Qualen, zur Beeinflussung der Einsichts- oder Willensfähigkeit oder zur Herabwürdigung führt...". Somit enthält der § 94 eine Definition der Folter. Die Folter umfasst somit nicht nur die körperlichen und seelischen Qualen, sondern auch Quälereien, mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarende und herabwürdigende Handlungen und geht sogar noch weiter, indem sie jedwede Einflußnahme auf die Einsichts- oder Willensfähigkeit miteinbezieht⁵³. Diese Definition ist unserer Meinung nach zutreffend, da sie auch den Einfluß der Folter auf die körperliche und seelische Verfassung des Menschen ausdehnt.

In § 94 heißt es, "in einer Weise behandelt, ... die zu ... führt"; mit diesem Wortlaut ist eine wichtige und der unterscheidende Charakter der Folter beschrieben. Handlungen, die als Folter gelten, müssen nicht plötzlich, sondern mit einer gewissen Dauer systematisch erfolgen. Diese Besonderheit trennt den Foltertatbestand von anderen ähnlichen Taten, die durch Amtsträger begangen werden (zum Beispiel die Überschreitung der Grenzen von Zwangsanwendung, § 256 des türkischen StGB) und von anderen Straftatbeständen, in denen die Folter verwirklicht wird (zum Beispiel vorsätzliche Körperverletzung, Drohung, sexuelle Belästigung). Wenn diese genannten Handlungen nicht von bestimmter Dauer und systematisch sind, sondern plötzlich begangen werden, dann ist dies keine Folter, es stellt dann je nach Handlung eine andere Straftat dar. Eigentlich müßte ein solch wichtiger Punkt in § 94 Abs. 1 deutlich

⁵³ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet suçu, S. 233.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

hervorgehoben werden, es müßte "von einer bestimmten Dauer und systematisch verwirklicht" heißen. Der Gesetzgeber hat sich damit begnügt, dieses Kriterium in der Begründung zu erwähnen.

Das Kriterium "von einer bestimmten Dauer und systematisch" darf nicht als Wiederholung der gleichen Handlung verstanden werden⁵⁴. Auch wenn sie Unterschiede aufweisen, so sind die Handlungen, die eine bestimmte Zeit dauern, als Ganzes zu beurteilen und wenn diese "körperliche oder seelische Qualen zufügen", "die Einsichts- und Willensfähigkeit beeinflussen" oder "zur Herabwürdigung" führen, so ist der Foltertatbestand erfüllt⁵⁵. Insoweit ist ein vorsätzlicher Faustschlag eines Amtsträgers eine Körperverletzung. Wenn dieser Handlung jedoch andere Faustschläge oder Fußtritte, Hin- und Herschubsen, Schläge oder Drohungen, Beleidigungen, sexuelle Belästigung folgen, so sind diese als Ganzes als Folter zu beurteilen⁵⁶. Auch Handlungen, die nur einmal ausgeführt werden, aber ihrem Charakter nach in einer bestimmten Dauer und systematisch geschehen, erfüllen den Foltertatbestand. Zum Beispiel das Wartenlassen in einem Fäkalienloch, das Abbinden der Augen mit einem Tuch, die Anwendung der Bastonade und der Strappado.

Die tatbestandsmäßige Handlung der Folter (§ 94 des türkischen StGB) besteht aus verschiedenen Tatvarianten. Manchmal können gesetzliche Straftatbestände mehr als eine Handlung betreffen, diese sind dann unabhängig voneinander. Die Vollendung einer jeden Handlung stellt das Erfüllen des Tatbestandes dar. In der türkischen StGB gibt es mehrere Tatvarianten dieser Art. So zum Beispiel die Beleidigung (§ 125), Hausfriedensbruch (§ 116), Fälschung einer öffentlichen Urkunde (§ 204), Sachbeschädigung (§ 151), veruntreuende Unterschlagung (§ 155), die Niederlegung oder Nichterfüllung von amtlichen Aufgaben (§ 260), Blockierung oder Zerstörung eines Systems, Löschen oder Verändern von Daten (§ 244), das Anmassen eines öffentlichen Amtes (§ 262).

Die Ausübung von mehreren Auswahlhandlungen bedeutet nicht zugleich, daß mehrmals ein Straftatbestand erfüllt ist. Es liegt auch dann nur ein Straftatbestand vor. Doch der Richter wird diesen Umstand bei der Zumessung der Strafe berücksichtigen.

Bei dem Foltertatbestand erfüllen folgende Handlungen, die von Dauer sind und systematisch ausgeführt werden, die Strafbarkeit: Handlungen, die mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren sind, "die zu körperlichen oder seelischen Qualen, zur Beeinflussung der Einsichts- oder Willensfähigkeit oder zur Herabwürdigung führen." Die Gemeinsamkeit der Handlungen ist, daß diese "nicht mit der Menschenwürde zu vereinbaren" sind. Somit hat man ein zweites Kriterium für das Vorliegen des Foltertatbestandes geschaffen: Die Folter muß von einer bestimmten Dauer sein, systematisch durchgeführt werden und darf mit der Menschenwürde nicht vereinbar sein.

Die Würde des Menschen wird wie folgt definiert: "Bewußtsein haben, das Bestimmen des eigenen Schicksals und der eigenen Umgebung und eine seelische und

⁵⁴ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet suçu, S. 236.

⁵⁵ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet suçu, S. 236. Daneben können Handlungen, die aufgrund ihrer Natur keine Dauerhaftigkeit beinhalten, ebenfalls unter den Foltertatbestand fallen. Zum Beispiel das Opfer auf einen elektrischen Stuhl setzen oder ihn damit unter Strom setzen. Siehe. Özbek-Bacaksız, TCK İzmir Şerhi, S. 551-552.

⁵⁶ Üzülmöz, İşkence ve Eziyet suçu, S. 236.

*psychische Kraft, mit derer die Charakterlosigkeit aufgehoben wird*⁵⁷. Die Menschenwürde sichert dem Individuum einen unantastbaren Raum und dieser muß von anderen Individuen und dem Staat respektiert werden. Das in der Verfassung festgehaltene Prinzip (Art. 38/5), daß niemand dazu gezwungen werden kann, seine eigenen Verwandten mit einer Straftat zu bezichtigen, ist ein Ausfluss der Menschenwürde. Auch die Rechte, die der Mensch mit seiner Geburt innehat, fallen unter die Menschenwürde. Das wichtigste Merkmal eines Rechtsstaates ist, daß er die "Menschenrechte achtet" und diese vor anderen Personen und vor sich selbst schützt⁵⁸. Die Menschenwürde ist untrennbar mit dem Individuum verbunden. Deshalb kann eine Person keine Einverständnis zu einer Behandlung, die menschenunwürdig ist, geben; dieses Einverständnis ist unwirksam. Damit hindert die Menschenwürde, daß die Person als Mittel zum Zweck für irgendetwas gesehen werden kann und begünstigt menschenwürdige Handlungen. Die Folter ist mit der Menschenwürde auch dann nicht zu vereinbaren, wenn sie verbotene Verhörmethoden, Sklaverei, Freiheitsberaubung vorsieht und den Menschen zum Objekt macht, wenn sie dem Individuum die Freiheit zur Bestimmung seines eigenen Schicksals und seine freie Meinung nimmt⁵⁹.

Handlungen, die mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren sind, die "körperliche oder seelische Qualen hervorrufen", werden in der Literatur auch als unmenschlich oder grausame Handlungen bezeichnet⁶⁰. Diese Handlungen müssen dem Körper nicht unbedingt Schaden zufügen. Handlungen, die dem Körper des Opfers keinen Schaden zufügen, ihm aber körperliche und seelische Qualen zubereiten, seine körperliche Unversehrtheit verletzen, fallen ebenfalls darunter. Zum Beispiel wenn ein Amtsträger jemanden schubst, ihn tritt, ihn schlägt, an seinen Haaren zieht, ihm ins Gesicht spuckt, ihn beschmutzt, seine Augen zubindet, ihn unter Zwang gesundheitsschädliche oder eklige Dinge essen läßt, seine Kleider zerreißt, Zigaretten auf seinem Körper ausdrückt⁶¹.

Der Foltertatbestand kann auch mit Handlungen, die "die Einsichts- und Willensfähigkeit beeinflussen" und mit der Menschenwürde nicht vereinbar sind, erfüllt

⁵⁷ Siehe Şahin, *Cumhur*, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, S. 70.

⁵⁸ Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, S. 70, 71.

⁵⁹ Siehe Üzülmöz, *İşkence ve Eziyet suçu*, S. 235.

⁶⁰ Dem Angeschuldigten, der als Amtsträger der Terrorbekämpfung Dienst tat, ist nachgewiesen worden, das er das Opfer G.Y., welches als eventuell Bandenmitglied beschuldigt wurde, während seine Vernehmung an den Händen aufgehängt, geschlagen, ihren Kopf gegen die Wand geschlagen und ihren Körper starkem Wasserdruck ausgesetzt und somit gefoltert hat. Diese Handlung wurde nach § 245 türkischen. STGB bestraft, dies war jedoch nicht zutreffend, da der § 243/1 des türkischen StGB ausser Acht gelassen wurde"; Yarg. 8. CD. 03.06.1998, 6898/8269, siehe für das Urteil Meran, Necati, Gerekleli-Karşılaştırılmal 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, S. 461. "Nach der Tatbegehung und der Akte zufolge urteilend, widerspricht es dem Gesetz, den Täter nach § 245/1 zu bestrafen und den § 243/1 ausser Acht zu lassen, wenn der Täter, sein Opfer, welches aufgrund des Verdachts auf Diebstahl und Schmugglerei festgenommen worden ist, während der Vernehmung auszieht, ihn auf den Boden legt und mit Eisstücken einreibt, ihm eine Plastiktüte über den Kopf stülpt, um ihm die Sauerstoffzufuhr zu entziehen"; Yarg. 8. CD. 23.3.2004, 2003/672, 2004/2557, siehe für das Urteil Meran, S. 458.

⁶¹ Üzülmöz, *İşkence ve Eziyet suçu*, S. 236.

werden. Solche Handlungen verhindern das Denken und das Handeln nach eigenem Willen bei dem Opfer. Es ist nicht notwendig, daß die Person aufgrund dieser Handlungen körperliche oder seelische Qualen leidet, jedwede Handlung, die mit der Menschenwürde nicht vereinbar ist, fällt hierunter. Der Gesetzgeber hat somit die Grenzen des Folterbegriffs zugunsten der individuellen Freiheit ausgedehnt. Zum Beispiel: Drohungen im Hinblick auf die Verwandten des Opfers oder das Zeigen eines Verwandten (ohne Kenntnis des Verwandten) während der Vernehmung und die Androhung von Übel bzgl. dieses Verwandten.

Die letzte Tatmodalität des Foltertatbestandes ist die *“Herabwürdigung”*, die mit der Menschenwürde nicht vereinbar ist. Diese Handlungen haben die Würde und den Stolz eines Menschen zum Ziel. Zum Beispiel wenn das Opfer immer beleidigt wird, wenn er gezwungen wird, nackt zu bleiben, wenn er am Schopf, am Ohr oder an den Haren gezogen wird.

Diese Tatvarianten können durch eine Begehung oder durch Unterlassen durchgeführt werden. Bzgl. des Foltertatbestandes können folgende Beispiele genannt werden: Für die Begehung kann man das Prügeln des Opfers durch den Amtsträger, das Beleidigen, die sexuelle Belästigung aufzählen und für das Unterlassen sind beispielhaft der Entzug von Wasser und Nahrung, das Verbot der Toilettennutzung oder das Verhindern von der Einnahme von notwendigen Medikamenten oder das Verhindern von notwendigen Therapien. Wie bereits oben erwähnt, ist bei der Ausführung der Tat durch Unterlassen gemäß § 94 Abs. 5 eine Herabsetzung der Strafe nicht vorgesehen (vergleiche §§ 83, 88).

Die Bestrafung der Unterlassung erfolgt, weil der Täter für das Nichteintreten der Folgen verantwortlich ist. Daher ist der Vorgesetzte eines Amtsträgers, der von der Folterhandlung seines Untergebenen Kenntnis hat, verpflichtet die Folgen abzuwenden und wenn er dies unterläßt, so hat er sich strafrechtlich zu verantworten⁶².

Hier stellt sich sodann die Frage, ob einen anderen Amtsträger, der jedoch nicht in der Position eines Vorgesetzten ist (in der gleichen Position ist oder sogar ein Untergebener), der aber Kenntnis von der Folterhandlung hat, die Pflicht trifft, diese zu verhindern. Unserer Meinung nach muß man diese Frage positiv beantworten, denn das türkische StGB macht hier keine Unterschiede und bürdet allen Amtsträgern die Pflicht auf, Straftaten, von denen sie aufgrund ihres Amtes Kenntnis erlangen, den zuständigen Behörden mitzuteilen (§ 279) und ausserdem haben die Amtsträger im Ermittlungsverfahren ohnehin die Pflicht, Straftaten zu verhindern (siehe § 1 Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu / das Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei)⁶³. Daher ist der Ausdruck in der Begründung zu § 94, “nur die Vorgesetzten sind aufgrund eines Unterlassens zur Verantwortung zu ziehen” nicht eng zu sehen.

In dem § 243 des alten türkischen StGB war folgende Handlung verboten: Der Amtsträger, der das Verhör leitet, durfte die in der Norm genannten Personen nicht “foltern, ihn grausam, unmenschlich oder erniedrigend behandeln”. Dieser Straftatbe-

⁶² Der gleichen Meinung ist *Tezcan-Erdem-Önok*, S. 181. Siehe ausserdem die Begründung zu § 94 StGB.

⁶³ Die gleichen Meinung ist *Tezcan-Erdem-Önok*, S. 181,182.

stand des § 243 der alten türkischen StGB enthielt eine Auswahl von Handlungen und das Ausführen einer Tatvariante reichte aus, um die Strafbarkeit zu begründen.

Der oberste türkische Gerichtshof⁶⁴ hat in mehreren verschiedenen Urteilen hervorgehoben, wie diese Handlungen zu verstehen sind. Demnach sind die folgenden Begriffe so zu verstehen: Folter: *“Handlungen, die einem Menschen physische oder psychische Qualen verursachen“*; grausam sind Handlungen, *die physische oder psychische Schmerzen verursachen*; unmenschliche Handlungen sind Handlungen, *welche die menschliche Persönlichkeit und ihre Empfindungen in hohem Maße kränken*, erniedrigend sind Handlungen, *die Ehre, Ruf und Würde eines Menschen angreifen.“*⁶⁵

⁶⁴ Yarg. CGK. 4.4.1983, 8-64/156, YKD., C.: IX, S.: 7, 1983, S. 1059-1072; Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423 YKD., C.: XIV, S.: 1, 1988, S. 102-105; Yarg. 8. CD. 20.2.1986, 6399/1151, YKD., C.: 12, S.: 10, 1986, S. 1566. Siehe auch Silvia Tellenbach, Einführung in das türkische Strafrecht, Freiburg im Breisgau 2003, S. 132.

⁶⁵ Zum Beispiel “der Täter ist der Kommandant eines Gendarmeriewache; er Kemal, den er als Täter einer Tat ansieht nicht gefunden und hat dessen Sohn, das Opfer Abdurrahman zur Wache gebracht, geschlagen, seinen Bart und Schnauzer abrasiert; bei der Einordnung dieser Handlung wurde ein Fehler begangen ... , denn diese Handlung ist nicht nach § 243 Abs. 1 als unmenschliche Handlungen und erniedrigend ausgelegt worden”; Yarg.8.CD.02.10.2002, 6686/8949, YKD., 2003/1; “um sie zu einem Geständnis zu zwingen, wurden ihnen die Augen zugebunden, sie wurden unter Strom gestellt, sie wurden geschlagen und in ihre Alfter wurden Schlagstöcke eingeführt ...” Yarg. 8. CD. 27.09.1989, 5123/6914 (Erdurak, Yılmaz Güngör, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2. Auflage, Ankara 1991, S. 398); “damit sie geständig sind, wurden sie an den Armen aufgehängt ...” Yarg. 8. CD. 22.04.1986, 1922/2628 (Erdurak, 2. Auflage, S. 396); “... damit sie die angeblichen Goldstücke herausgeben wurden sie 13 Tage lang, tags und nachts mit Schlagstöcken geschlagen, mit Fäusten bearbeitet, Fusstritte gegeben, unter Strom gestellt, die Geschlechtsorgane pressen und nach links und rechts zerren, ihre Köpfe wurden unter Wasser gehalten, nachts um 3.00 Uhr beginnend und bis morgens 8.00 dauernd wurden sie mit Schlagstöcken geschlagen und unter diesen Schlägen mußten sie gesalzenen Brei essen, bis zur Ohnmacht nach Erbrechen und Ausscheidungen und bis der Körper infolge dessen nicht (genug) Wasser hatte ... Die Folter endete mit dem Tod der Opfer ...” Yarg. CGK. 4.4.1983, 8-64/156, YKD., C.: IX, S.: 7, Temmuz 1983, S. 1071; “um ein Geständnis zu entlocken so hart geprügelt, daß eine Arbeitsunfähigkeit von über einer Woche vorlag (unmenschliche, erniedrigende Behandlung) ...” Yarg. CGK. 5.10.1987, 8-186/423, YKD., C.: XIV, S.: 1, 1988, S. 102; Die Angeklagten gehören der Terrorbekämpfungabteilung der Stadt Manisa an; sie haben bei der Vernehmung der Opfer, um sie zu einem Geständnis zu zwingen, die Opfer beleidigt, sie bedroht, die Augen verbunden, ein Fußballspiel mit ganz hoher Lautstärke hören lassen, sie nackt ausgezogen, sie unter Strom gestellt, sie starkem wasserdruck ausgesetzt, sie in nasse Decken gehüllt, sie zu Handlungen gezwungen, denen der Körper nicht gewachsen ist, den Männern die Hoden gedrückt, die Mädchen sexuell belästigt, ihnen anal einen Schlagstock eingeführt, physischen Zwang ausgeübt, sie zum Zusehen der Folter bei den anderen gezwungen und ähnliche Handlungen um an ihr Ziel zu kommen ...” Yarg. 8.CD. 12.10.1998, 10667/12819, YKD., C.:25, S.:1, 1999, S. 124 ff.; “Mit dem Verdacht auf Autodiebstahl wurden sie in Haft gebracht, Beleidigungen wurden ausgesprochen, sie wurden gefragt, ob sie die Personen auf den vorgezeigten Führerscheinen kennen, diese seien als Fahrzeugdiebe verhaftet, als die Personen verneinten, diese zu kennen, wurden sie in den Haftraum geführt, nackt ausgezogen, auf ein Bett gelegt, die Hände und Füße fest zugeschnürt unter Strom gestellt, sie wurden somit beharrlich befragt, ob die als Mittäter angegebene dritte Person sei, dessen Personalien und Adresse sollten sie preisgeben, als sie dies nicht konnten, weil sie es nicht wußten, wurden sie wei-
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Der oberste türkische Gerichtshof hat in einem Urteil zu CGK. folgendes festgestellt: *“Die Folter und schlechte Behandlung ist national und international durch Verträge verboten. Beweise, die aufgrund einer Folter erlangt worden sind, d.h. rechtswidrig erlangt worden sind, dürfen nicht verwendet werden. Die Amtsträger der Terrorbekämpfungseinheit der Stadt Manisa haben sich strafbar gemacht, da sie bei dem von ihnen durchgeführten Verhör, die Opfer, um ‘ein Geständnis und Informationen’ zu erlangen, gefoltert haben, indem sie ‘bei den Männern anal Schlagstöcke eingeführt, die Mädchen sexuell belästigt, deren Brüste berührt und gedrückt, sie ohne Nahrung gelassen, beleidigt und bedroht haben’; diese Handlungen, die von Dauer waren, waren Leid zufügend, zermürbende, körperlich und seelisch sehr schmerzhaft, die Würde und den Stolz verletzend”*⁶⁶.

B. Der Taterfolg

Eines der objektiven Tatbestandsmerkmale ist auch der Taterfolg. Wie bereits erwähnt, ist die Handlung eine materielle Angelegenheit. Die Folge dieser Handlung ist der Taterfolg in der Umwelt und sie ist von Bedeutung, wenn sie im Sinne des Strafrechts typisiert ist. Die Folge der Handlung ist strafrechtlich wichtig, wenn diese Handlung einem Straftatbestand zugeordnet ist. D.h. wenn die Handlung, getragen vom menschlichen Willen, eine Veränderung in der Außenwelt verursacht, die gesetzlich nicht typisiert ist, so ist diese nicht von Bedeutung. Im Gegensatz dazu erschöpfen die schlichten Tätigkeitsdelikte sich in einer Handlung des Täters.

Der Foltertatbestand kann aufgrund der oben gemachten Ausführungen und ihrer Tatvarianten ein Erfolgsdelikt oder schlichtes Tätigkeitsdelikt sein.

C. Das Tatsubjekt

Im Strafrecht kann nur eine Person der Täter sein. In den Tatbestandsmerkmalen werden zumeist die Begriffe “wer”, “jemand” oder “Person” verwendet. Es gibt zwei Gründe einer solchen Ausdrucksweise. Der erste ist, daß alle Straftaten nur einen Täter vorsehen, außer den Straftatbeständen, die Mitwirkung mehrerer Personen voraussetzen. Der zweite Grund ist, daß diese Ausdrucksweise so gemeint ist, daß jeder diese Handlung ausführen kann (Allgemeindelikte). Solche Straftatbestände werden auch als Taten bezeichnet, die von jedermann ausführbar sind⁶⁷.

Demgegenüber können manche Straftatbestände nur von bestimmten Personen ausgeübt werden, so zum Beispiel von Personen, die eine besondere Aufgabe haben oder bestimmte Eigenschaften besitzen (Sonderdelikte). Solche Straftatbestände sind “Taten, die nur von bestimmten Personen ausgeführt werden können”. Bei diesen Straftaten muß der Täter daneben, daß er ein Mensch ist, noch eine weitere, andere, spezielle und objektive Täterqualität haben. Wenn der Straftatbestand in seiner Grund-

terhin unter Strom gestellt und ihre Hoden wurden gedrückt. Später wurde die Opfer 10 Minuten lang bewegt, die Hände und Füße gewaschen und sie wurden in eine Zelle gesperrt, zwei Stunden später wurden sie herausgeholt und sie wurden mit Salbe eingereibt, damit die Spuren der Verletzungen nicht entdeckt werden ...” Yarg. CGK., 15.10.2002, 8-191/362, YKD. 2003/02.

⁶⁶ Yarg. CGK. 15.6.1999, 8-109/164, YKD., C.:25, S.:8, 1999, S. 1121 ff.

⁶⁷ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, S. 168; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005, S. 214.

form solche Besonderheiten bei dem Täter verlangt, so ist dies ein "echtes Sonderdelikt". Zum Beispiel die Unterschlagung im Amt (§ 247) kann nur von Amtsträgern ausgeführt werden. Auch der Täter des Foltertatbestandes sollte der Amtsträger sein (§ 94). Auch der Straftatbestand der Entführung oder Zurückbehaltung eines Kindes (§ 234) kann nur "der elterlichen Gewalt entzogene Elternteil oder ein Verwandter bis einschliesslich des dritten Grades" sein. All diese Straftatbestände sind echte Sonderdelikte.

Manchmal kann die Grundform des Straftatbestandes von jedermann ausgeführt werden. Die Ausübung einer solchen Tat durch bestimmte Personen kann eine qualifizierte und privilegierte Strafbarkeit sein, welche bei der Strafzumessung erhöhend oder herabsetzend zu beachten ist. Diese Straftatbestände werden als "unechte Sonderdelikte" bezeichnet. Zum Beispiel die Fälschung einer öffentlichen Urkunde kann von jedermann ausgeübt werden (§ 204 /1). Doch wenn ein Amtsträger diese Tat verübt, so wird er mit einer höheren Strafe belegt (§ 204/2). Genauso kann jeder eine vorsätzliche Körperverletzung begehen (§ 86/1). Doch wenn ein Amtsträger diese Handlung unter Missbrauch des Einflusses seines Amtes begeht, wird er höher bestraft (§ 86/3).

Die Natur einer bestimmten Straftat ist auch aus Sicht der Teilnehmer der Straftat wichtig. Insofern kann bei Sonderdelikten nur Täter sein, wer die besondere Tateigenschaft besitzt. Die sonstigen Personen, die an der Begehung dieser Taten beteiligt sind, sind jedoch als Anstifter oder Gehilfen verantwortlich (§ 40/2, vergleiche mit § 94/4).

Der Foltertatbestand kann nur von Amtsträgern ausgeübt werden. Insofern ist es ein echtes Sonderdelikt. Der Begriff des Amtsträgers ist in § 6 Abs. 1 Nr. c definiert. In § 94 wird der Begriff des "Amtsträgers" benutzt und eine Begrenzung ist nicht vorgesehen, deshalb kann jeder Amtsträger Täter werden⁶⁸. Als Beispiel sei genannt, wenn zum Beispiel ein Lehrer die Tatbestandsmerkmale des § 94 hinsichtlich eines seiner Schüler erfüllt, so ist er gemäß § 94 zu bestrafen⁶⁹.

In § 243 des alten türkischen StGB war der Täter wie folgt festgesetzt: "Beamte und sonstige Angehörige des öffentlichen Dienstes"⁷⁰. In § 279 Abs. 1 war geregelt, daß bei der Anwendung des Strafgesetzbuches gelten als Beamte: Beamte oder Angestellte des Staates oder anderer öffentlicher Anstalten ...; daher war die Nennung des "sonstigen Angehörigen" des öffentlichen Dienstes nach dem Begriff des Beamten in

⁶⁸ In der Lehre wird hervorgehoben, dass der Foltertatbestand auch die Sicherheit des Strafprozesses gewährleisten soll, daher sollte der Gesetzgeber alle Amtsträger die Folterhandlungen begehen, die mit ihrem Amt in Verbindung stehen, nicht bestrafen. So zum Beispiel sind die Handlungen (zum Beispiel Körperverletzung) eines Amtsträgers, der im Steueramt arbeitet, gegenüber den Steuerpflichtigen nicht als Folter anzusehen; siehe *Özbek-Bacaksız*, TCK İzmir Şerhi, S. 549.

⁶⁹ *Üzülmmez*, *İşkence ve Eziyet suçu*, S. 232.

⁷⁰ Vor der Änderung des Gesetzes im Jahre 26.8.1999 war der Täter des Foltertatbestandes "Vorsitzende und Mitglieder von Gerichten und amtlichen Gremien oder Körperschaften sowie sonstige Staatsbeamte ..." (§ 243). Dieser Ausdruck hat ihren Ursprung im Art. 103 des türkischen Strafgesetzbuches von 28 Zilhidje 1274 (entspricht 9. August 1858) als "Mitglieder eines Gerichts oder Ausschusses oder sonstige Staatsbeamte ...".

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

§ 243 unzutreffend⁷¹. Ausserdem besteht noch ein Unterschied zwischen § 94 des türkischen StGB und § 243 des alten türkischen StGB. In § 243 war geregelt, daß der Beamte die Befähigung / Kompetenz zum Verhör haben muß. Dies waren Vorsitzende und Mitglieder von Gerichten und amtlichen Gremien sowie sonstige Staatsbeamte⁷². Auch fielen die Beamten und Amtsträger gemäß des Gesetzes (Gesetz über das Verfahren bzgl. von Beamten und den anderen Amtsträgern) mit der Nummer 4483 unter diesen Tatbestand⁷³.

Der Amtsträger muß den Straftatbestand während der Ausübung seines Amtes in Verbindung mit seiner Aufgabe, d.h. unter Ausnutzung seiner Kompetenz, ausgeübt haben. Es ist nicht ausreichend, daß der Amtsträger Inhaber dieser Eigenschaft ist. Daher ist eine Folterhandlung außerhalb seiner Aufgabe, aber ausgeübt von einem Amtsträger nicht mit § 94 unter Strafe gestellt, sondern mit § 96 (Quälerei). So kann festgestellt werden, daß zwischen der ausgeübten öffentlichen Aufgabe und der Folterhandlung eine Kausalität bestehen muß⁷⁴.

Der Täter der Folterhandlung ist nur der Amtsträger, doch auch Zivilpersonen können an dieser Tat teilnehmen. § 40 Abs. 2 des türkischen StGB regelt die Teilnahme an Sonderdelikten. Er regelt, daß bei Sonderdelikten Personen, die nicht die besonderen Tätereigenschaften besitzen, als Anstifter oder Gehilfen verantwortlich sind. Der § 94 Abs. 4 enthält eine Ausnahme zu dieser Regelung. Danach werden andere Personen, die an der Begehung dieser Tat beteiligt sind, ebenfalls wie ein Amtsträger bestraft. Somit hat der Gesetzgeber, andere Personen als den Amtsträger verhindert, daß diese niedriger bestraft werden (weil sie aus diesem Grund teilnimmt), als ein Amtsträger.

D. Das Opfer

Das Opfer bei dem Foltertatbestand kann jedermann sein. D.h. jeder, der mit dem Amtsträger aufgrund dessen Tätigkeit in Berührung kommt, kann das Opfer sein. Somit ist die Opfereigenschaft nicht nur damit begrenzt, daß das Opfer nur jemand sein kann, der unter Verdacht steht oder dem gerade das strafrechtliche Verfahren gemacht wird⁷⁵. Wie bereits oben erwähnt kann ein Schüler oder sogar ein Amtsträger das Opfer sein. D.h. Opfer kann jeder sein, das ist somit anders geregelt als in § 243 des alten türkischen StGB.

In § 243 Abs. 1 des alten türkischen StGB (vom 26.8.1999 mit der Gesetzesnummer 4449) sind als Opfer "der Beschuldigte / Angeklagte einer Straftat, Privatklä-

⁷¹ Siehe für die gleiche Ansicht **Üzülmez**, S. 76-78; **Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Auflage, İzmir 2002, S. 197 ff.; **Malkoç, İsmail**, *Açıklamalı- Gerekçeli Memur Yargılaması*, Ankara, 2000, S. 15 ff. Siehe **Pınar, İbrahim**, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, Ankara, 2000, S. 128 ff.

⁷² Siehe ausserdem **Gözübüyük, Abdullah Pulat**, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi C:II (Hususi Kısım)*, 5. Auflage, İstanbul tarihsiz, S. 939; **Üzülmez**, S. 81-83.

⁷³ Befugte Personen zur Ermittlung gemäß des Gesetzes über den Prozess bezüglich der Beamten fielen ebenfalls in diese Gruppe; dieses Gesetz ist ausser Kraft getreten.

⁷⁴ **Üzülmez**, *İşkence ve Eziyet suçu*, S. 232, 233.

⁷⁵ Vergleiche **Özbek-Bacaksız**, *TCK İzmir Şerhi*, S. 549.

ger, Nebenkläger, Zeugen“ aufgezählt. In diesem Absatz wird der Wortlaut “der Beamte, der das Opfer ... um seine Schuld zu gestehen ... foltert” ist zu entnehmen, daß “jemand”, der der Folter ausgesetzt ist, der Beschuldigte oder der Angeklagte sein muß. Vor der Gesetzesänderung unter der Nummer 4449 war das Opfer des Foltertatbestandes nur der “Beschuldigte”, so daß die Tat gegen diesen stattfinden mußte. So fiel jemand, gegen den kein Ermittlungsverfahren lief, so zum Beispiel der Zeuge, wenn er gefoltert wurde, nicht unter den Anwendungsbereich des § 243⁷⁶. Diese Änderung war zutreffend, um die in der Praxis auftretenden Probleme zu beheben. Jedoch war es nicht zutreffend, die Opfereigenschaft auch auf Sachverständige, Dolmetscher, Rechtsanwälte und andere Personen, die am strafrechtlichen Verfahren teilnehmen, nicht auszudehnen⁷⁷.

In § 94 Abs. 2 türkischen StGB sind Opfereigenschaften genannt, die die Strafandrohung erhöhen.

E. Das Tatobjekt / Handlungsobjekt

Der Gegenstand oder die Person, gegen die sich die Handlung richtet, stellt das Handlungsobjekt des Straftatbestandes dar. Es gibt keine Straftat ohne Handlungsobjekt. Insofern richtet sich die Handlung des Täters gegen einen Gegenstand oder gegen die physische Einheit eines Menschen.

Die Wichtigkeit und der Wert des Gegenstandes der Tat ist bei der Festlegung der Grundstrafe zwischen der Unter – und der Obergrenze der Strafe, die in dem gesetzlichen Straftatbestand festgelegt ist, zu berücksichtigen, da sie eine Individualisierung vorsieht (§ 61 Abs. 1 des türkischen StGB). In der Tat muß der Richter gemäß § 61 Abs. 1 Nr. d des türkischen StGB im konkreten Fall den Gegenstand der Straftat, dessen Bedeutung und Erheblichkeit beachten.

Der Gegenstand des Foltertatbestandes ist die Würde, der Stolz, das innere Gleichgewicht, der Körper und das Leben des Opfers.

Die Art und Weise der Ausübung der Tat führt zur Verletzung oder Gefährdung des Gegenstandes. Somit kann man die Straftatbestände in zwei Gruppen unterteilen: Verletzungsdelikte und Gefährdungsdelikte. Die Tatbestände der Verletzungsdelikte erfordern eine Schädigung des geschützten Handlungsobjekts. Bei den Gefährdungsdelikten reicht dagegen die Gefahr einer Schädigung aus. Beispiele: vorsätzliche Gefährdung der Allgemeinheit (§ 170); Vernachlässigung der Fürsorge und Aufsichtspflicht gegenüber einem Geisteskranken (§ 175). Da beim Diebstahl (§§ 141 ff. türkisches StGB) das Eigentum eines anderen weggenommen wird, beim Tötungsdelikt (§§ 81 ff.) jemand getötet wird, bei der Sachbeschädigung (§ 151) eine Sache beschädigt

⁷⁶ Erman-Özek, S. 235; "Es ist verboten und widerspricht dem Gesetz, den § 243/1 statt dem § 245 anzuwenden, wenn jemand als Zeuge bei einem Diebstahl von zu Hause abgeholt und zur Wache gebracht wird und wenn der Beamte, der Täter Fethi Özbek, den Zeugen mit dem Schlagstock auf Hände und Füße schlägt, so daß dieser 5 Tage lang arbeitsunfähig ist" Yarg. 8. CD. 20.12.1995, 14569/17658 (Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu. Özel Hükümler-II, Ankara 1996, S. 1842).

⁷⁷ In gleicher Richtung siehe Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Auflage, İzmir 2002, S. 198.

wird, liegt bei diesen Tatbeständen die Beschädigung des Gegenstandes vor und somit kann von einem "Verletzungsdelikt" gesprochen werden. Da bei dem Foltertatbestand der Gegenstand des Tatbestandes verletzt wird, kann hier von einem Verletzungsdelikt gesprochen werden⁷⁸.

7. Die Rechtswidrigkeit

Eine tatbestandsmäßige Handlung ist grundsätzlich rechtswidrig. Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit bezeichnet den Widerspruch einer Handlung zum Recht.

Wenn eine Handlung, die im Strafgesetzbuch als strafbar gilt, in einer anderen Norm – dies kann im StGB oder aber auch in einem anderen Gesetz sein - als erlaubt gilt, so ist das Ergebnis, daß die betreffende Handlung vom Rechtssystem nicht verboten ist. Eine Norm, die somit eine Handlung, die im Strafgesetzbuch als strafbar bezeichnet wird, erlaubt, enthält demnach einen "Rechtfertigungsgrund".

Der Rechtfertigungsgrund beseitigt die Rechtswidrigkeit auf und legalisiert die Handlung.

Für den Straftatbestand, der hier untersucht wird, kann es keinen Rechtfertigungsgrund geben. Dies ist in Art. 2 der UN-Antifolterkonvention festgehalten: "*Außergewöhnliche Umstände wie Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, dürfen nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden. Eine von einem Vorgesetzten⁷⁹ oder einem Träger öffentlicher Gewalt erteilte Weisung darf nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden⁸⁰*".

Ein weiterer Punkt bezüglich dieses Straftatbestandes ist, ob die Einwilligung des Berechtigten einen Rechtfertigungsgrund darstellt. Das geschützte Rechtsgut der Folter ist nicht nur die körperliche Unversehrtheit des Berechtigten oder im weiteren Sinne, die Unantastbarkeit seiner Person, das geschützte Rechtsgut hat einen gemischten Charakter, so daß selbst eine leichte Folter nicht mit der Einwilligung des Berechtigten zu rechtfertigen ist⁸¹.

⁷⁸ Siehe Üzülmöz, S. 154.

⁷⁹ Siehe zu diesem Thema das Urteil des 1. Senats des Militärischen Obersten Gerichtshofes 5.9.1980, 285/309. Im Urteil wird besagt: "Der Soldat I.K. wurde verdächtigt ein Gewehr der Einheit entwendet zu haben. Es steht fest, daß er unter Folter zu einer Aussage gezwungen wurde, auszusagen, wo er das Gewehr versteckt und wem er es verkauft habe. Seine Vorgesetzten S.B und S.A. erfüllen die Voraussetzungen des § 243, da sie den Verdächtigen I.K., "um ihn zu einer Aussage zu zwingen" gefoltert und gequält haben. Aufgrund des illegalen Befehls haben H.S. und E.K. den Soldaten I.K. geprügelt und sie wussten, daß dieser um ein Geständnis zu erlangen vorsätzlich gefoltert wurde. Daher mußte der § 243/2 StGB bei ihnen angewandt werden, er wurde nicht angewandt, dies steht im Widerspruch zum Gesetz". Siehe für das Urteil Demirbaş, İskence, S. 41 ff., Fn. 34.

⁸⁰ Tezcan- Erdem-Önok, S. 188; Demirbaş, İskence, S. 40 ff.

⁸¹ Demirbaş, İskence, S. 40 ff.; Tezcan- Erdem-Önok, S. 188; Özbek-Bacaksız, TCK İzmir Şerhi, S. 553.

Wenn bei einem Verhör oder einer Zeugenbefragung die Behandlung nicht ermüdend ist, d.h. solange der Wille nicht beeinflusst ist, kann diese Behandlung nicht als Folter bewertet werden⁸².

8. Subjektiver Tatbestand

Der Foltertatbestand kann vorsätzlich begangen werden (§ 21/1 StGB). Es ist nicht notwendig, daß der Amtsträger mit einem bestimmten Zweck gehandelt hat. Der § 94 StGB setzt keinen Zweck für diesen Straftatbestand voraus. Der Täter muß die Handlungen, die mit der Menschenwürde nicht vereinbar sind und zu körperlichen oder seelische Qualen, zur Beeinflussung der Einsichts- oder Willensfähigkeit oder zur Herabwürdigung führen, wissend herbeiführen wollen.

In § 243 des alten türkischen StGB war mit dem subjektiven Tatbestand der Vorsatz und die Absicht gemeint. Danach mußte der Täter gegen eine Person die Folter, grausam, unmenschlich oder erniedrigend wissentlich begehen. Über den Vorsatz hinaus mußte die Folter und schlechte Behandlung geschehen, um den Opfern ein "Geständnis zu entlocken", um "zu verhindern, daß sie aussagen", um "zu verhindern, daß sie Anklage erheben" oder um "sie zu einer Anklage oder Zeugenaussage oder etwas anderem zu zwingen". Mit anderen Worten der "Mögliche Tatzweck war nicht mehr nur das Geständnis eines Verbrechens, sondern auch die Verhinderung einer Anzeige oder Aussage dieser Person oder umgekehrt die Erstattung einer Anzeige oder eine Zeugenaussage. Überdies enthält die Vorschrift noch eine Generalklausel, die auch jeden anderen Zweck" erfasst⁸³. Der Täter mußte aus diesen Gründen handeln⁸⁴. Anders ausgedrückt, der Täter (Amtsträger) mußte wissen, daß sein Verhalten rechtswidrig ist und aus den oben genannten Gründen handeln. Der Grund "oder aus einem anderen Grunde" besagt nicht, daß das Gesetz die Gründe nicht für bedeutend hält, sondern ganz im Gegenteil, daß sogar andere ähnliche Gründe von Bedeutung sind. Unserer Meinung nach hat der Gesetzgeber zutreffend die Gründe extensiv behandelt, um die Menschenwürde des Opfers im weitesten Sinne zu schützen.

9. Besondere Erscheinungsformen der Straftat

A. Versuch

Der Foltertatbestand wird vollendet, wenn die Handlung mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren ist und zu körperlichen oder seelischen Qualen, zur Beeinflussung der Einsichts- oder Willensfähigkeit oder zur Herabwürdigung führt. Wenn der Amtsträger mit den Folterhandlungen begonnen hat, diese aber aufgrund eines Hindernisses nicht beenden kann, so liegt ein Versuch vor (§ 35). Wenn ein freiwilliges Abbrechen der geeigneten Handlungen vorliegt (freiwilliger Rücktritt), so ist der Täter im Hinblick bis auf die dahin verübten Handlungen zu bestrafen (§ 36)⁸⁵.

⁸² Tezcan- Erdem-Önok, S. 184; Demirbaş, İşkence, S. 40 ff.

⁸³ Tellenbach, Silvia, Einführung, S. 131.

⁸⁴ Tezcan- Erdem, S. 199; Erman-Özek, S. 238 ff.; Demirbaş, İşkence, S. 41; Önder, S. 222.

⁸⁵ Üzülmüş, İşkence ve Eziyet suçu, S. 240.

B. Teilnahme

Da in dem Foltertatbestand der Amtsträger als Täter genannt ist, liegt ein Sonderdelikt vor. In § 40 Abs. 2 Satz 2 des türkischen StGB mit der Nummer 5237 ist folgendes geregelt: "die anderen Personen, die an der Begehung dieser Taten beteiligt sind, sind jedoch als Anstifter oder Gehilfen verantwortlich". Der Gesetzgeber hat in § 94 Abs. 4 eine Ausnahme zu dieser Regelung geschaffen, sie besagt, daß andere Personen, die an der Begehung dieser Tat beteiligt sind, ebenfalls wie ein Amtsträger bestraft werden sollen.

Wenn ein Vorgesetzter die Ausübung der Tat befiehlt, deren Inhalt eine Straftat darstellt, darf diese Tat unter keinen Umständen ausgeführt werden. Anderenfalls ist der Ausführende als Täter und der Vorgesetzte als Anstifter zu bestrafen (vergleiche § 24 / 3 des neuen türkischen Strafgesetzbuches).

C. Konkurrenz der Straftaten

Es ist möglich, daß die Folter mehreren Personen gegenüber stattfindet. In so einem Fall, ist bei jeder Person der Straftatbestand einzeln erfüllt⁸⁶. Auch muß erwähnt werden, daß bei der Folter die Vorschriften der Fortsetzungstat nicht angewandt werden (§ 43/3 der türkischen StGB).

Wird die Tat in Form einer sexuellen Belästigung begangen, so stellt dies ein qualifiziertes Delikt dar (§ 94/3). In so einem Fall wird der Täter nicht noch wegen einer sexuellen Belästigung belangt (zusammengesetzte Straftat). Doch wenn die körperliche Integrität eines anderen bei der Folter durch sexuelle Handlungen verletzt (§ 102/1) oder die Tat durch Einführen des Gliedes oder eines anderen Gegenstandes in den Körper des Opfers begangen wird (§ 102/2), so wird der Täter wegen eines sexuellen Angriffs (§ 102) und Folter (§ 94) bestraft.

10. Die qualifizierenden Abwandlungen, qualifizierte Delikte oder Qualifikationen

A. Das qualifizierende Delikt aufgrund der Eigenschaften des Opfers

Wird die Tat gegen ein Kind⁸⁷, eine Person, die wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands wehrlos ist oder eine Schwangere begangen, so ist dies eine Qualifikation und die Strafe wird erhöht (§ 94/2 (a)). Somit sind folgende Fälle als Qualifikation bewertet: Wenn die Tat gegen ein Kind, eine Person, die wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes wehrlos ist, begangen wird, wird die Strafe erhöht, weil diese die Tatausübung erleichtern und böse Charakterzüge des Täters offenbaren. Gegen eine Schwangere liegt eine Qualifikation vor, weil bei einer Folterhandlung auch das Embryo in Gefahr gebracht wird. Der Täter muß jedoch wissen, daß die Frau schwanger ist.

⁸⁶ "Der Angeklagte hat mehrere Personen gefoltert, alle Handlungen erfüllen einzeln den Straftatbestand, so daß die Anwendung des Straftatbestandes in Höhe der Opferzahl stattfinden muß; dies wurde nicht berücksichtigt und der § 80 StGB angewandt, so daß der Angeklagte eine niedrigere Strafe bekommen hat. Da dies nicht zu seinen Ungunsten ist, mit anderen Worten, eine Beschwerde nicht vorliegt, stellt dies kein Revisionsgrund dar". Yarg. 8. CD. 03.06.2002, 4067/6600, siehe für das Urteil Meran, S. 459.

⁸⁷ In § 140 des Vorentwurfes zur StGB aus dem Jahr 1997 ist festgehalten, daß, wenn das Opfer unter 15 Jahren ist, die Strafe zu erhöhen ist. 1997 TCK Ön Tasarı, S. 62.

Wird die Tat gegen einen Rechtsanwalt oder einen anderen Amtsträger, wegen seiner Funktion begangen, so liegt ebenfalls eine Qualifikation vor (§94/2 (b)). Es ist eigentlich überflüssig, die Rechtsanwälte besonders aufzuzählen, da sie bei Ausübung ihrer Tätigkeit als Amtsträger gelten. Es ist jedoch denkbar, daß der Gesetzgeber die Bedeutung des Rechtsanwaltsberufs besonders hervorheben und schützen wollte und daher die Rechtsanwälte im Unterschied gemäß § 6 zu den anderen Amtsträgern im Justizdienst gesondert aufzählen wollte.

B. Die Qualifikation aufgrund der Art und Weise der Handlung

Wenn die Tat in Form einer sexuellen Belästigung erfolgt, so ist dies ebenfalls eine Qualifikation (§ 94 / 3)⁸⁸. Die sexuelle Belästigung ist in § 105 geregelt und dieser besagt, daß *“wer einen anderen in sexueller Absicht belästigt, wird auf Antrag des Opfers ... bestraft”*. Unserer Meinung ist die Regelung bei der Folter, die in Form einer sexuellen Belästigung erfolgt, nicht zutreffend, wenn man sich die Strafandrohung und die Eigenschaften der sexuellen Belästigung vergegenwärtigt. Handlungen, die sich gegen die sexuelle Unversehrtheit des Opfers richten, können den Foltertatbestand erfüllen. Doch die sexuelle Belästigung hätte nicht in der Grundform der Regelung aufgenommen werden sollen. Und die Qualifikation hätte bei der Verletzung des sexuellen Angriffs geregelt werden sollen (§ 102/1). In so einem Fall müssen die Straftatbestände der Folter und des sexuellen Angriffs (§ 102/2), wenn dem Körper ein Organ oder Gegenstand eingeführt worden ist, gemeinsam angewandt werden (ungleichartige Tatmehrheit)..

11. Schwere Folter

Unter der Geltung des alten türkischen StGB wurde der qualifizierte Tatbestand grundsätzlich als *“objektive Haftung”* behandelt (siehe § § 45, 452, 456/2,3 StGB). Bei der objektiven Handlung wurde der Täter aufgrund seiner Handlung, abgesehen davon ob vorsätzlich oder fahrlässig geschehen, zur Verantwortung gezogen⁸⁹. Mit anderen Worten, wenn zwischen dem Täter und der Handlung keine psychologische Kausalität besteht, ist in diesen Fällen, die die strafrechtliche Verantwortung begründen, die Haftung nicht subjektiv sondern objektiv. In solchen Fällen ist es ausreichend, daß zwischen der Handlung des Täters und den Folgen eine Kausalität besteht⁹⁰. Im heutigen Strafrechtsverständnis wird die objektive Haftung abgelehnt.

⁸⁸ Der Vorentwurf aus dem Jahr 1997 und der Entwurf aus dem Jahr 2000 zur StGB enthalten eine Qualifikation, wenn die Handlung eine Ausmaß erreicht, welches aber noch nicht der Vergewaltigungstatbestand erfüllt. Wenn der Täter neben der Folter auch noch die Vergewaltigung begeht, so ist er aufgrund von zwei Straftatbeständen zu bestrafen. 1997 TCK Ön Tasarı, S. 216; 2000 TCK Tasarı, S. 241. Es ist also ersichtlich, daß die Entwürfe zur StGB anders als in der StGB mit der Nummer 5237 die sexuellen Angriffe, die neben der Folter begangen werden, als eine Qualifikation bewerten.

⁸⁹ Siehe ausserdem und vergleiche **Özen, Muharrem**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, S. 107 ff.; **Ünver, Yener**, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), S. 110 ff.

⁹⁰ **Alacakaptan**, S. 148, 149.

In § 23 des neuen türkischen StGB ist folgendes geregelt: *“Hat eine Tat einen schweren oder einen anderen als den vom Vorsatz umfassten Erfolg zur Folge, so kann dafür nur verantwortlich gemacht werden, wer hinsichtlich dieser Folge mindestens fahrlässig gehandelt hat”*. Dementsprechend gibt es Normen, in denen die Tat, die einen schwereren oder einen anderen als den vom Vorsatz umfassten Erfolg zur Folge hat, unter Strafe gestellt ist. In diesen Fällen hat der Täter hinsichtlich der Grundform des Straftatbestandes vorsätzlich gehandelt. Jedoch wurde ein schwererer oder ein anderer Erfolg erzielt, als vorgesehen. Gemäß des Systems des StGB muß der Täter hinsichtlich dieser Folge wenigstens fahrlässig gehandelt haben, damit er bestraft werden kann⁹¹. Mit anderen Worten, die Grundtat wird vorsätzlich begangen. Doch es treten schwerere oder andere Folgen ein als beabsichtigt. Insofern muß der Täter wenigstens fahrlässig gehandelt haben, damit er strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann (§ 23). Somit ist das Vorliegen einer bloßen Kausalität, wie es in dem alten türkischen StGB (§§ 452, 456/2,3) vorgesehen war, nicht ausreichend.

Man kann die erfolgsqualifizierten Delikte in zwei Kategorien einteilen: Echte und unechte erfolgsqualifizierte Delikte. Liegt eine vorsätzliche Grundtat vor und kann der weitere Erfolg nur fahrlässig verursacht werden, so spricht man von echten (zum Beispiel hat die vorsätzliche Körperverletzung den Tod verursacht, § 87/4) erfolgsqualifizierten Delikten; kann der weitere Erfolg auch vorsätzlich verursacht werden, so sind dies unechte erfolgsqualifizierte Delikte (zum Beispiel hat die Folter den Tod verursacht hat, § 95/4)⁹². Bei erfolgsqualifizierten Delikten wird die Strafe des Täters hinsichtlich der Grundtat des Straftatbestandes erhöht.

Wenn jedoch der Täter die schwereren Folgen vorhergesehen und billigend in Kauf genommen hat, so liegt Eventualvorsatz vor und der Täter ist wegen der schwereren Folge zu bestrafen. Als Beispiel können folgende Fälle aufgezählt werden: wenn der Täter seinem Opfer mit einem Holzstück auf den Kopf schlägt, so kann er vorhersehen, daß sein Opfer aufgrund dieser Handlung sterben kann; wenn er dies billigend in Kauf nimmt, so ist er nicht wegen § 87 des türkischen StGB, sondern wegen vorsätzlichem Totschlag gemäß § 81 zu bestrafen. Genauso verhält es sich, wenn der Täter sein Opfer aussetzt und dabei vorhersieht, daß sein Opfer Verletzungen davontragen oder sterben kann und wenn er dies sogar noch billigend in Kauf nimmt, so ist er nicht wegen § 97/2, sondern wegen vorsätzlicher Körperverletzung oder vorsätzlichem Totschlag zu bestrafen.

Als letztes sei noch erwähnt, daß im System des neuen türkischen StGB bei einer Körperverletzung mit Todesfolge, für die Haftung wegen der schwereren Folge (§87/4), die Handlung für eine Körperverletzung in ihrer Grundform (§86) geeignet sein muß. Bei der Todesfolge einer leichten Körperverletzung (§86/2) (wenn zum Beispiel der Täter dem Opfer einen Faustschlag in die Magengegend gibt), kann der Täter wegen der schweren Folge nur hinsichtlich der fahrlässigen Tötung bestraft werden (§ 85/1).

⁹¹ Özgenc, Gazi Şerhi, S. 234.

⁹² Vergleiche Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. überarbeitete Auflage, Bielefeld 1985, S. 203.

Bei dem Foltertatbestand sind die schweren Folgen (erfolgsqualifizierte Folgen) in § 95 aufgezählt und gesetzlich sanktioniert.

Damit der Amtsträger diesbezüglich strafrechtlich belangt werden kann, bedarf es der Verwirklichung der Voraussetzungen in § 23. In § 95 StGB heißt es;

“(1) Haben die Folterungen bei dem Opfer

- a) eine dauernde Schwächung der Funktion eines Sinnes oder Organs,*
- b) einen dauernden Sprachfehler,*
- c) eine nachhaltige Narbe im Gesicht,*
- d) einen lebensgefährlichen Zustand,*
- e) bei Begehung gegen eine Schwangere eine Frühgeburt*

zur Folge gehabt, so wird die im obigen Artikel bestimmte Strafe um die Hälfte erhöht.

(2) Haben die Folterungen bei dem Opfer

- a) eine unheilbare Krankheit oder ein Dauerkoma,*
- b) den Verlust der Funktion eines Sinnes oder Organs,*
- c) den Verlust des Sprech- oder Zeugungsvermögens,*
- d) eine dauernde Entstellung des Gesichts,*

e) bei der Begehung gegen eine Schwangere den Verlust des Kindes zur Folge gehabt, so wird die im obigen Artikel bestimmte Strafe verdoppelt.

(3) Haben die Folterungen Knochenbrüche verursacht, so wird je nach den Auswirkungen der Brüche auf lebenswichtige Funktionen eine Strafe von acht bis 15 Jahren Gefängnis verhängt.

(4) Hat die Folter den Tod verursacht, so wird erschwertes lebenslanges Gefängnis verhängt.⁹³

Unten wird kurz die “erfolgsqualifizierte Folter”erörtert.

In § 95 I a ist besagt, daß wenn die Folterungen bei dem Opfer eine dauernde Schwächung der Funktion eines Sinnes oder Organs hinterlassen haben, liegt eine schwere Folge vor. Hier tritt bei dem Opfer eine dauernde Schwächung der Funktion eines Sinnes oder Organs ein. Bei manchen zweifach vorhandenen Organen im menschlichen Körper, kann bei der dauernden Verlust eines der Organe, die Funktion des anderen Organs weitergehen. In solchen Fällen ist nicht die dauernde Schwächung der Funktion, sondern gemäß Abs. 2 der Verlust der Funktion eines Sinnes oder Organs zutreffend.

Haben die Folterungen bei dem Opfer einen dauernden Sprachfehler verursacht (§ 95 / 1 (b)), so wird die Strafe ebenfalls erschwert. Hier ist nicht der dauernde Verlust des Sprachvermögens gemeint (das fällt unter Abs. 2 (c) und wird hiernach bestraft), sondern ein dauernder Sprachfehler.

Haben die Folterungen bei dem Opfer eine nachhaltige Narbe im Gesicht verursacht (§95/1 (c)) so wird die Strafe ebenfalls erhöht. Mit Gesicht ist hier die vordere Seite des Kopfes gemeint, der Hals und die Ohren inklusive. Diese nachhaltige Narbe ist von einer dauernde Entstellung des Gesichts (§ 95/2 (d)) zu unterscheiden. Die nachhaltige Narbe entstellt das Gesicht nicht und führt bei Personen, die das Opfer

⁹³ Siehe für die Übersetzung des § 95 des neuen türkischen Strafgesetzbuches, Tellenbach, S. 77-78. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

von früher kennen, nicht zu einem Innehalten bzgl. dessen Person. Bei der dauernden Entstellung des Gesichts (§ 95/2 (d)) können sogar die Personen, die das Opfer von früher kennen, kaum wieder erkennen.

Haben die Folterungen bei dem Opfer einen lebensgefährlichen Zustand (§95/1 (d)) verursacht, ist die Strafe des Amtsträgers ebenfalls höher zu setzen. Dabei wird nach der Medizinwissenschaft beurteilt, ob ein lebensgefährlichen Zustand verursacht worden ist oder nicht.

Haben die Folterungen bei dem Opfer bei Begehung gegen eine Schwangere eine Frühgeburt verursacht, ist der Täter ebenfalls höher zu bestrafen (§ 95/1 (e)).

In Abs. 2 ist die noch schwerere Folge vorgesehen.

In § 95 / 2 a ist geregelt, daß die Folterungen bei dem Opfer zu einer unheilbaren Krankheit oder einem Dauerkoma geführt haben; in so einem Fall ist die Strafe hinsichtlich der Grundform des Straftatbestandes zu erhöhen. In Nr. b ist vorgesehen, da daß die Folterungen bei dem Opfer zum Verlust der Funktion eines Sinnes oder Organs geführt haben. Hier geht es nicht um die Schwächung der Sinne oder Organe, sondern um den Verlust der Funktion. In Nr. c ist geregelt, daß die Folterungen bei dem Opfer den Verlust des Sprach- oder Zeugungsvermögens verursacht haben. Auch dies erfordert eine höhere Strafe. Bei einer dauernden Entstellung des Gesichts aufgrund der Folterungen bei dem Opfer, welche in Nr. d vorgesehen ist, ist die Strafe ebenfalls höher zu setzen. Schliesslich wird die Strafe auch erhöht, wenn die Folterungen bei der Begehung gegen eine Schwangere den Verlust des Kindes verursacht haben.

Gemäß 95 Abs. 3 wird die Strafe auch erhöht, wenn die Folterungen Knochenbrüche verursachen. Die Knochenbrüche werden je nach den Auswirkungen der Brüche auf lebenswichtige Funktionen bewertet und die Strafe danach verhängt. Der Gesetzgeber verlangt eindeutig nach "Knochenbrüchen", so daß eine Zersplitterung des Knochens, mögen die Folgen noch so erheblich, ja sogar sehr erheblich sein, nicht unter diesen Absatz fallen.

In § 95 Abs. 4 ist folgendes geregelt: Hat die Folter den Tod verursacht, so wird erschwertes lebenslanges Gefängnis verhängt. Dies ist ebenfalls ein erfolgsqualifizierter Fall. Hier ist die Todesfolge aufgrund der Folterhandlungen vorgesehen. Wenn der Amtsträger jedoch mit *dolus directus* oder *dolus eventualis* gehandelt hat, so ist er wegen vorsätzlicher Tötung zu bestrafen.

Zum Schluß sei noch bemerkt, daß für eine Bestrafung des Amtsträgers gemäß § 95, die Voraussetzungen des § 23 vorliegen müssen. Somit muß der Täter, um wegen der schweren Folge belangt werden zu können, hinsichtlich der schweren Folge zumindest fahrlässig gehandelt haben. Mit anderen Worten, die Folgen der Handlung müssen vorhersehbar gewesen sein.

12. Sanktion und Ermittlung

Die Grundform des Foltertatbestandes ist mit einer Strafe von drei bis zu zwölf Jahren sanktioniert⁹⁴. § 94 Abs. 2 sieht als erschwerte Tat (qualifizierte Abwandlung, qualifiziertes Delikt) eine Strafe von acht bis zu 15 Jahren Gefängnis vor. Wenn die Tat in Form einer sexuellen Belästigung begangen wird, so ist die Strafe mit zehn bis zu 15 Jahren Gefängnis festgelegt. Wegen schwerer Folter ist in § 95 Abs. 1 die Strafe um die Hälfte erhöht und in Fällen des Abs. 2 ist sie sogar verdoppelt. In § 95 Abs. 3 ist eine Strafe von acht bis 15 Jahren Gefängnis vorgesehen. Und in Abs. 4 eine erschwerte lebenslange Gefängnisstrafe vorgesehen.

Nach § 2 Abs. 5 des Gesetzes "Über das Verfahren gegen Beamte und andere Amtsträger" (Nr. 4483) leitet der Staatsanwalt bezüglich des Foltertatbestandes das Ermittlungsverfahren von Amts wegen ein.

Ergebnis

Der Foltertatbestand in § 94 der türkischen StGB mit der Nummer 5237 deckt sich mit dem § 243 des alten StGB mit der Nummer 765.

Dieser Straftatbestand beinhaltet Alternativhandlungen, wie "körperliche und seelische Qualen verursachende" Handlungen oder "die Einsichts- und Willensfähigkeit beeinflussen oder zur Herabwürdigung führende", die mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren sind. Allerdings müssen diese Handlungen unbedingt systematisch begangen werden. Sonst stellt es keine Folter, sondern vorsätzliche Körperverletzung, Beleidigung, Drohung oder sexuelle Belästigung dar.

Der Täter kann nur ein Amtsträger sein. Daher ist dieser Straftatbestand ein Sonderdelikt. Wenn Zivilpersonen sich an der Tat beteiligen, werden sie gemäß § 94 Abs. 4 ebenfalls wie ein Amtsträger bestraft. Wenn die Folter von Zivilpersonen oder Amtsträgern außerhalb ihres Amtes begangen werden, so ist dies gemäß § 96 eine Quälerei.

Das Opfer dieser Tat ist in § 243 des alten türkischen StGB als "*Beschuldigter, Angeklagter, Opfer einer Straftat, Privatkläger, Nebenkläger, Zeuge*" genannt. Demgegenüber hat das StGB mit der Nummer 5237 keine Grenze bei der Opfereigenschaft gezogen. Jeder kann Opfer des Foltertatbestandes sein.

Der Foltertatbestand kann nur vorsätzlich begangen werden. Daher muß der Täter die Handlungen, die mit der Menschenwürde nicht vereinbar sind und körperliche und seelische Qualen hervorrufen und die Einsichts- oder Willensfähigkeit beeinflussen oder zur Herabwürdigung führt, wissend herbeiführen wollen.

Ist die Folter in Form einer sexuellen Belästigung begangen, so stellt dies eine Qualifikation dar (§ 94/3). Daher wird der Täter nicht noch wegen einer sexuellen Belästigung (§ 95) zur Verantwortung gezogen (zusammengesetzte Straftat). Doch wenn diese Handlungen weitergehend sind, das Maß einer Vergewaltigung erreichen, so ist der Täter wegen zwei unabhängiger Straftatbeständen zu bestrafen.

⁹⁴ Die Grundform des Straftatbestandes sah in dem Vorentwurf aus dem Jahr 1997 in § 139 und in § 140 des Entwurfes von 2000 eine Strafandrohung von drei bis zu sechs Jahren vor. Somit ist die Strafandrohung in dem Gesetz mit der Nummer 5237 höher als in den Entwürfen.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Unserer Meinung nach hätte die StGB mit der Nummer 5237 die Folter, die mit der sexuellen Belästigung begangen wird, als Grundform der Tat regeln und die Folterhandlung, die mit einer einfachen sexuellen Angriff begangen wird (§102/1) als Qualifikation vorsehen müssen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Ahmed Ziya, Mufassal Kanunu Ceza ve Teferruatı Şerhi, C.: II, İstanbul, 1339-1341.
- Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara, 1970.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku. Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Auflage, Ankara, 2007.
- Artuk, Mehmet Emin - Yenidünya, A. Caner, "Batı ve Türk Hukukunda Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme", İBD., C.:76, S.:1, İstanbul, 2002.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. überarbeitete Auflage, Bielefeld, 1985.
- Beccaria, (Üersetzer Muhiddin Göklü), Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, 3. Auflage, İstanbul, 1964.
- Bouzat, Pierre - Pinatel, Jean, Traité de droit pénal et de criminologie, t.II, procédure pénale. Régime des mineurs. Domaine des lois pénales dans le temps et dans l'espace, par Pierre Bouzat, 2. éd., Paris, 1970.
- Conrad, Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, Neuzeit bis 1806.
- Çağlayan, M. Muhtar, Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş 3. Auflage (C.: II), (m. 125-315) Ankara, Tarihsiz.
- Demirbaş, Timur, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999.
- Demirbaş, Timur, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısında İşkence Suçu", Açık Sayfa, S. : 13, Nisan 1998.
- Demirbaş, Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, 1992.
- De Vabres, H. Donnedieu, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3. éd., Paris, 1947.
- Düzdağ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1983.
- Erem Faruk, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları, TBBD, 1988.
- Erem, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Auflage, Ankara, 1986.
- Erdurak, Yılmaz Güngör, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2. Auflage, Ankara 1991.
- Erman, Sahir-Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, (Sahir Erman), İstanbul, 1992.
- Freyberg, Rolf- Jürgen, Über die Beschlagnahme, München, 1971.
- Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara, 1994.

Gölcüklü, A.Feyyaz - Gözübüyük, A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 1998.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi C.:II (Hususi Kısım), 5. Auflage, İstanbul, tarihsiz.

Henkel, H. Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 2. Auflage., Stuttgart/Mainz, 1968.

Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Band. I, Allgemeine Grundlagen, Berlin, 1925.

Hönig, Richard, Hukuk Başlangıcı ve Tarihi, 2. Auflage, İstanbul, 1935.

Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (Çev.: Yenisey, Feridun), İstanbul, 1989.

Keyman, Selahattin, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", AÜHFD., C.: XXXVII, S.: 1-4 (1980), Ankara, 1982.

Keyman, Selahattin, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara, 1970.

Kube, Edwin, Zur Geschichte des Beweisverfahrens und der Kriminalistik in Deutschland, Diss., 1963.

Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949.

Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Auflage, İstanbul, 2000.

Liselotte/Jung, Heike/Walther, Julien, Das französische Strafgesetzbuch, Code Pénal, Schriftenreihe des Max-Plancks-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Band G 121, 2. Auflage, Berlin, 2009.

Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu. Özel Hükümler-II, Ankara, 1996.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı- Gereççeli Memur Yargılaması, Ankara, 2000.

Meran, Necati, Gereççeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004.

Merle, Roger - Vitu, André, Traité de droit criminel, Paris, 1967.

Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku. Özel Hükümler, İstanbul, 1994.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992.

Özbek, Veli Özer- Bacaksız, Pınar, TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gereççeli-İçtihatlı) Cilt: II Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar.

Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara, 1998.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005.

Önok, R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, 2006.

Öztürk, Bahri-Erdem, Ruhan Mustafa, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Auflage, Ankara, 2006.

Parlar, Ali- Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Band 2, 3. Auflage, Ankara, 2010.

Peters, Karl, Strafprozess, ein Lehrbuch, 3. Auflage, Heidelberg-Karlsruhe, 1981.

Pınar, İbrahim, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Ankara, 2000.

Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 20. Auflage München, 1987.

Sabatini, Giuseppe, "Poligraf ve Vicdan Hürriyeti", (Übersetzer: Tosun, Öztekin), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:28, Sayı:2, İstanbul, 1962.

Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen, 1965.

Schmidt, Eberhard, Inquisitionsprozess und Rezeption, Leipzig, 1940.

Schroeder, Friedrich - Christian, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532. U.R. Schriftenreihe der Universitaet Regensburg, Band 3, Sonderdruck, Juni 1980.

Schönke, Adolf-Schroeder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, Lenckner, Theodor - Cramer, Peter- Eser, Albin - Stree, Walter die neubearbeitete 18. Auflage, München, 1976.

Silvia Tellenbach, Einführung in das türkische Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2003.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Auflage, Ankara, 2005.

Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, 1994.

Tellenbach, Silvia, Das türkische Gesetzbuch, Gesetz Nr. 5237 vom 26.09.2004 nach dem Stand vom 15.11.2008, Berlin, 2008.

Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat R., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Auflage, Ankara, 2006.

Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Auflage, İzmir, 2002.

Ünver, Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul).

Üzülmez, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", in: Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Nisan 2005.

Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, 2003.

Vidal, Georges - Magnol, Joseph, Cours de droit criminel et de science pénitentiare, t.II, 9. éd. Paris, 1949.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 9. Auflage, İstanbul, 2002.

Zwengel, Otto, Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts Bad Homburg, 1963.

TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 1, C.:12, 58. Birleşim.

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

LA POLITIQUE ENERGETIQUE DE LA TURQUIE A TRAVERS SA
GEOSTRATEGIE ET L'UNION EUROPEENNE
(JEOSTRATEJİK BİR YAKLAŞIMLA TÜRKİYE'NİN ENERJİ POLİTİKASI VE
AVRUPA BİRLİĞİ)

Prof. Dr. Jale CİVELEK*

ÖZET

Türkiye Avrupa/Asya bölgesinde enerji nakil hatları bakımından ve enerji nakil hatlarının güvenliği alanında önemli bir aktördür. Enerji kaynaklarının Hazar Bölgesinden Avrupa pazarlarına naklinde en güvenli ve en az masraf gerektiren bir konumdadır. Jeostratejik konumu nedeniyle ihtiyaç duyulan çok sayıda enerji nakil projelerine katılmıştır. Makalede Rusya Federasyonu, A.B.D. ve A.B gibi güçlerin enerji politikalarını inceledikten sonra, bölgesel önemli bir güç olan Türkiye'nin enerji kaynaklarının naklinde stratejik bir ülke olması bakımından da enerji nakil hatları ve güvenliği konularında oluşturduğu enerji politikası açıklanmaktadır. Türkiye'nin çok sayıda gerek gerçekleştirilmiş ve gerek planlanan enerji nakil projelerine katılmış olması, bugün enerji konusunda ki dosyayı açmayan A.B.'nin neden Türkiye ile geniş kapsamlı bir işbirliği olanakları yaratma arayışına girmesi gerektiğine işaret edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Enerji nakil hatları, enerji güvenliği, petrol boru hatları, gaz nakil hatları, Türkiye'nin jeostratejik önemi, Rusya Federasyonu, ABD, AB enerji politikaları, Nabucco, BTC, Güney Akım, Mavi Akım, BTE.

ABSTRACT

La Turquie est devenue sur la question énergétique un acteur majeur dans la région euroasiatique. a Turquie qui participe à la réalisation de plusieurs projets énergétiques et qui se multiplie sans cesse, dans le transfert des ressources énergétiques de la mer Caspienne vers les marchés européens, serait la voie la plus sûre et la moins chère. Dans le cadre de cet article, nous allons d'abord exposer les enjeux stratégiques des grandes puissances en considérant la Fédération de Russie, les Etats-Unis et l'Union européenne. Ensuite, nous aborderons à travers la politique énergétique turque, la Turquie en tant que puissance régionale et voie stratégique des hydrocarbures. Notre objectif est d'accentuer l'idée que l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne n'est pas à craindre de la part de l'Europe, puisqu'une coopération comme par exemple dans le domaine énergétique peut être à l'origine de la création d'autres opportunités.

Keywords: le transfert des ressources énergétiques, la sécurité de l'approvisionnement énergétique, politiques énergétique de l'UE, des Etats-Unis, de la Fédération Russe, South Stream, Blue Stream, North Stream, B.T.C., Nabucco.

INTRODUCTION

La Turquie est devenue sur la question énergétique un acteur majeur dans la région euroasiatique. Elle est liée par son histoire, sa culture, sa géographie et sa politique extérieure multi-vectorielle aussi bien à ses voisins qu'à l'Europe. Membre des NU, du Conseil de l'Europe, de l'OTAN, de l'OCDE, de l'Organisation Mondiale du Commerce, de l'Organisation de la Conférence Islamique et de l'Organisation de la Coopération Economique, la Turquie fait également figure de candidate à l'UE. Après la Guerre froide, la Turquie a redécouvert sa dimension de puissance régionale euroasiatique pour être à la croisée de l'Europe, de l'Asie et du Moyen-Orient. Elle est voisine aujourd'hui des régions qui détiennent 70% des réserves énergétiques mondiales.

La Turquie qui participe à la réalisation de plusieurs projets énergétiques et qui se multiplie sans cesse, dans le transfert des ressources énergétiques de la mer Caspienne vers les marchés européens, serait la voie la plus sûre et la moins chère. Elle se situe au carrefour stratégique des centres économiques mondiaux et des réserves énergétiques mondiales. Partenaire énergétique de taille pour l'Europe, sa stratégie offre en outre un parallélisme avec la politique sécuritaire énergétique de l'UE¹.

Dans le cadre de cet article, nous allons d'abord exposer les enjeux stratégiques des grandes puissances en considérant la Fédération de Russie, les Etats-Unis et l'Union européenne. Ensuite, nous aborderons à travers la politique énergétique turque, la Turquie en tant que puissance régionale et voie stratégique des hydrocarbures. Notre objectif est d'accentuer l'idée que l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne n'est pas à craindre de la part de l'Europe, puisqu'une coopération comme par exemple dans le domaine énergétique peut être à l'origine de la création d'autres opportunités.

I. Les enjeux stratégiques des grandes puissances

A. La Fédération de Russie

Autosuffisante en énergie et grande exportatrice, la Russie joue un rôle important dans l'approvisionnement pétrolier et gazier de beaucoup de pays industrialisés en Europe. Acteur majeur sur le marché du pétrole, la Russie possède le plus grand réseau de pipelines au monde (150 000 km) et L'UE et la Chine important respectivement 60% et 50% de leur consommation pétrolières.² Elle tend à exercer une pression sur les pays consommateurs mais aussi à manifester son droit dans la distribution des res-

* Professeur à l'Université Yeditepe (Istanbul-Turquie) Département Francophone de Science Politique et des Relations Internationales, e-mail: jcivelek@yeditepe.edu.tr

** 17-18 Mart 2011 tarihlerinde, Saint-Etienne Jean Monnet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İKV ve Yeditepe Üniversitesinin «Turquie- Union Européenne: état des lieux» genel başlığı altında düzenlenen kollokyumda tebliğ olarak sunulmuştur.

¹ The Embassy of Republic of Turkey, http://turkishembassy.dk/cms/index.php?page=general-information&hl=tr_TK. (Dernière visite: 07.02.2009).

² La part d'importation de pétrole Russe est supérieure à celle du Moyen-Orient 31% contre 26% pour les pays importateurs de l'Europe. André PERTUZIO, *La Russie Énergétique*, Géostratégique no:24 <http://docs.google.com/www.strategics.information.com/24.05.pdf> visitée le 4 Février 2011.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

sources énergiques destinées à l'Europe³. La Russie produit 94% du gaz naturel russe et contrôle 16% des réserves mondiales de gaz naturel.

La Russie est à la fois le premier exportateur et un grand consommateur de gaz naturel. Pour exploiter ses ressources gazières, Gazprom a pour mission fondamentale de contrôler la production et l'exploitation du gaz naturel russe et sa seconde mission est de s'implanter à l'étranger.

La Russie est aussi une importante puissance mondiale nucléaire (5e). L'industrie nucléaire marque depuis 2004 un réveil pour la reorganisation de ce secteur.⁴

La Russie veut garder le contrôle de ses ressources énergétiques, le gaz naturel ayant un poids politique pour asseoir l'influence et le poids stratégique russe. Par ailleurs ses ressources énergétiques et naturelles sont le moteur de sa croissance et déterminent son influence géopolitique. La Russie utilise sa politique énergétique comme un moyen de contrôle de ses partenaires, de consolidation des partenariats comme par exemple avec la Chine et de reconquête de la zone d'influence de l'ex espace soviétique.⁵

Elle s'affirme davantage comme un acteur essentiel du marché d'hydrocarbures. La croissance mondiale des prix du carburant a servi la Russie d'accroître son économie. La Russie veut ainsi établir sa dominance sur le marché gazier mondial et desire aussi de maîtriser à long terme les exportations. Par son influence énergétique, elle conditionne une grande partie de ses projets. Elle évite les zones de transit qui peuvent diminuer ses profits. Par exemple North Stream et South Stream en sont les preuves. Les instabilités dans les pays de transit, les tensions avec certains pays (Biélorussie, Ukraine) sont des contraintes de premier ordre qui déterminent la Russie de chercher de nouvelles voies.⁶

A court terme s'il existe des incertitudes sur la viabilité des projets européens, mais les réserves de Sibérie constituent des moyens importants pour s'ouvrir vers l'Atlantique et le Pacifique. Ainsi la Russie tente de diversifier ses exportations énergétiques afin de réduire sa dépendance vis à vis de l'UE tout en ouvrant une voie par l'Asie Centrale vers les marchés chinois, coréens et japonais. En effet en 2010 la Russie a ouvert la section de l'oléoduc Chine-Russie. Le délai respecté, le pétrole pourrait couler vers la Chine en 2011.⁷ Il est aussi prévu qu'à partir de 2015 la Russie est ca-

³ Depuis 2005 GazpromNeft (Sibneft achetée par Gazprom) après l'Arabie Saoudite est le deuxième acteur pétrolier. Elle cherche à prolonger son influence vers l'Asie Occidentale, la Chine et l'Inde. Ibid., pp. 6-7.

⁴ ibid. (Rostatom:agence fédérale pour l'énergie). L'énergie nucléaire est devenue importante dans la stratégie industrielle russe.

⁵ Céline BAYOU, *Dépendance énergétique à la Russie*. Revue Regard sur l'Est Dossier # 52 /10/2009 <http://www.regard-est.com> visitée le 9 Février 2011.

⁶ Liliana TROFIM, *Le Secteur énergétique de la Russie entre économie et politique*.p:67-68 CIFE/ IEHEI année universitaire 2008-2009 Directeur de Recherche Claude Nigoul.

⁷ Philippe CONDE, *L'Energie russe à la conquête de l'Est*, Nouvelle Europe 16.11.2010, <http://www.nouvelle-europe.eu/geographie/cei/e-energie-russe-a-la-conquete-de-l-est.html>.

pable d'entrer sur le marché chinois de gaz.⁸ Elle possède toutes les possibilités pour fournir et transporter l'énergie dans la région Asie-Pacifique grâce à son réseau de pipelines, sa flotte de cargos LNG en cours de construction.

Les positions acquises en Europe et en Asie permettront à la Russie de fixer les volumes et les prix à sa guise et politique lui permettant jouer l'Europe contre l'Asie. Dans le cas où et si la Russie mettrait les investissements et les technologies nécessaires en place, cette stratégie de diversification transformera la Russie en un véritable puissance énergétique mondiale

Autour des enjeux sécuritaires énergétiques, la Russie ne veut pas être absente des contrats conclus et des initiatives prises par les Républiques d'Asie centrale et du Caucase. En effet, elle établie dès 1993 son contrôle sur l'exploitation du gaz et du pétrole dans la région. Pour conserver ses intérêts énergétiques au sein de la CEI et faire prévaloir un système énergétique commun, elle a créé en 1994 avec ses voisins un Comité Economique Interétatique⁹.

Désireuse de "s'insérer dans la communauté internationale", elle laisse toutefois en 1996 les sociétés étrangères investir massivement dans les projets de gisements d'hydrocarbures tout en imposant au final sa participation dans les projets alternatifs de transits¹⁰. L'attrait des Etats-Unis et de l'UE pour le bassin Caspien et leur diversification en ressources énergétiques a amorcé le désenclavement des pays du pourtour en quête d'indépendance. Pour ces importateurs, tous projets d'oléoducs et de gazoducs comme l'existence de ressources énergétiques sont autant d'opportunités permettant de réduire leur dépendance énergétique vis-à-vis de la Russie¹¹. Dans le contrôle de l'acheminement de ces hydrocarbures, la Russie important fournisseur, n'a perdu pas totalement son influence politico-économique de portée majeure auprès des Etats de la mer Caspienne.

B. Les Etats-Unis

Les Etats-Unis désireux de s'appropriier le marché du gaz naturel et de minimiser le monopole de Gazprom, font pression sur l'UE pour que cette dernière diversifie ses sources d'approvisionnement en énergie. Animés par un esprit de compétitivité, ils s'opposent au monopole de Gazprom et n'apprécient guère l'attitude hégémonique de

visitée le 30 janvier 2011 (La Russie ne peut pas répondre pour l'instant pour cette demande de 30 millions de tonnes de pétroles vers la Chine et la région Asie-Pacifique, car les gisements de Sibérie orientale n'entreront que progressivement en activité.)

⁸ *ibid*, Un accord signé entre Gazprom et CNPC chinois prévoit la fourniture de 30 millions de m3 de gaz par an et pendant 30 ans à la Chine.

⁹ La coopération au sein de ce Comité entre la Russie, le Kazakhstan, l'Ouzbékistan, le Kirghizstan, le Tadjikistan, l'Arménie, la Géorgie, la Biélorussie, la Moldavie et l'Ukraine a pour but de coordonner les politiques d'exportation de l'énergie. SIECA-KOZLOWSKI Elisabeth, TOURMARKINE Alexandre, *Géopolitique de la mer Noire : Turquie et les pays de l'ex-URSS*, Paris, Karthala, 2000, p. 132.

¹⁰ *Ibid.*, p. 134.

¹¹ Par exemple les révolutions de couleur qui ont eu lieu en Géorgie, en Ukraine, au Kirghizstan prouvent l'existence de conflits d'intérêts majeurs. CHEMINEAU Sylvie, *La Turquie, un acteur stratégique centreatiatique*, (sous la dir. de MARCOU Jean) Rapport de stage à l'IFEA, İstanbul, août 2007, pp. 5-6.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

la Russie en tant que premier fournisseur de l'Europe¹². Or, les Etats-Unis ont aujourd'hui une attitude plus contenue vis-à-vis de la Russie qui est encore plus déterminée à jouer un rôle de premier plan dans l'approvisionnement de l'Europe en gaz naturel. Leurs politiques au Moyen-Orient, les révolutions de couleur en Asie centrale et au Caucase ont terni le poids stratégique des Etats-Unis dans leur ambition de désenclaver les ressources énergétiques centroasiatiques.

Les Etats-Unis à partir de l'indépendance des ex-républiques soviétiques ont démontré leur influence dans les pays riverains de la Mer Caspienne afin de les détacher de l'influence russe. Alors une lutte d'influence a commencé entre la Russie et les Etats-Unis dans le but de contrôler les ressources énergétiques de la région. Les Etats-Unis sont plutôt favorables pour la construction de multiples gazoducs et oléoducs évitant la Russie et l'Iran¹³

Les Etats-Unis depuis un demi-siècle cherchent à atténuer la dépendance au pétrole. La politique de l'indépendance énergétique, le contrôle des routes énergétiques sous couvert du renforcement de la coopération dans le domaine de la sécurité énergétique est un des grands enjeux importants mondiaux des Etats-Unis.

Effectivement la géopolitique énergétique américaine se repose sur le contrôle des zones de production et de corridors de carburants et le contrôle des prix. Les Etats-Unis qui veulent acheter l'énergie sur le marché mondial à un prix relativement bas, désirent être présents dans les régions de production et faire pression sur les concurrents européens et asiatiques et maîtriser les routes d'acheminement.¹⁴

La position des Etats-Unis de proscrire toute collaboration avec l'Iran dans le domaine énergétique semble également difficilement tenable à long terme. Une équation énergétique de l'UE sans une collaboration de l'Iran rend encore plus incertaine la viabilité d'un projet énergétique européen indépendant de la Russie. Même si les Etats-Unis sont déterminés à imposer leur loi sans tenir compte du droit international il faut pouvoir les convaincre de la nécessité d'une coopération sur ce plan avec l'Iran, qui contribuerait sans aucun doute à la stabilité et à la paix dans la région¹⁵.

C. L'Union européenne

L'UE grande consommatrice d'énergie mais faible productrice d'hydrocarbures ne détient pas une quantité suffisante de ressources pour satisfaire ses besoins. Même les estimations prédisent une baisse de la production de 40% de gaz naturel, de 47% de pétrole d'ici 2030, augmentant de fait sa dépendance à l'extérieur à 68%.

La sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'UE est un objectif important assigné à sa politique énergétique.

¹² Le soutien des Etats-Unis à l'élan démocratique de la Géorgie, de l'Ukraine et du Kirghizstan et aux révolutions de couleur était aussi dans l'intérêt de voir ces pays s'affranchir de Gazprom et de la Russie. Ibid., pp. 5-7.

¹³ Guisepppe BURGIO, *Politique énergétique pour l'Europe*. Bulletin européen, Edition Française 61e année, janvier 2010 no:716 <http://www.fondazioneDragan.org/media/01-2010> visitée le 6 février 2011.

¹⁴ Charles SAINT-PROT, *La politique des Etats-Unis au proche-orient*. Observatoire d'Etudes Géopolitiques <http://www.etudes-geopolitiques.com/article5.asp> visitée le 11 février 2011.

¹⁵ Tümü Gazeteler , "Avrupa Birliği'nin Enerji Politikları", <http://www.tumgazeteler.com/?a=4248381>. (Dernière visite : 07.02.2009).

Dans un passé proche, l'UE a su une première fois sortir en 1973 du choc pétrolier. Depuis, elle n'a pas cessé de multiplier les initiatives dans le domaine énergétique pour renforcer sa sécurité :

- la Charte Européenne de l'Énergie a été signée en 1991 à La Haye dont l'objectif est la sécurité de la production, du transport, de la distribution et de l'offre énergétique; deux autres textes en 1998 se rajouteront pour répondre aux objectifs initiaux du premier, la Charte de l'Énergie et le Protocole pour le rendement Énergétique. En 2004 le traité sur la Charte de l'Énergie a été élaboré et se trouve ratifié et constitue le cadre de la coopération entre les pays d'Europe et les autres pays industrialisés.

- le programme TACIS (Technical Assistance for the Commonwealth of Independent States) créé en 1991 et relancé en 1999 est le principal dispositif d'assistance technique de l'UE au Caucase du Sud,

- l'UE a initié en 1993 dans le cadre du TACIS le programme TRACECA (Transport Corridor Europe Caucasus Asia) visant à relancer les réseaux de transport, de communication et d'énergie par un corridor doublant l'axe russe Transsibérien par le Sud de la mer Noire dans l'intérêt de diminuer les coûts et la distance entre la Chine et l'Europe,

- le Traité d'Amsterdam en 1997 faisait référence à l'élaboration de politiques énergétiques européennes¹⁶,

- la Commission de l'UE a réalisé en 1999 le Projet d'Analyses Communes (Shares Analysis Project). Ce projet mettait l'accent sur l'estimation future des demandes mondiales en énergie, la libéralisation des marchés du gaz naturel et de l'électricité, l'harmonisation avec le Protocole de Kyoto, le développement de la rentabilité dans les secteurs de la consommation et de la production énergétique¹⁷,

- l'UE a engagé un dialogue en 1997 avec la Russie pour une coopération dans le domaine de l'énergie afin de se prémunir des risques de l'offre énergétique¹⁸ : l'Accord de Partenariat et de Coopération (PCA Partnership and Cooperation Agreement),

- des plans de réseaux de transport énergétiques (Trans-European Networks – TEN's) ont été élaborés entre 1996 et 2001 en collaboration avec la BEI (Banque Européenne d'Investissement) et le FIE (Fond d'Investissement Européen) afin de renforcer les liens avec les pays exportateurs et de former un marché unique de l'énergie,

- l'UE a lancé également dans le cadre du TACIS le programme INOGATE (Interstate Oil and Gas Transport to Europe) en 1997 dont la Turquie est membre depuis

¹⁶ Pour atteindre un développement durable dans le domaine énergétique, la réduction des risques, des coûts d'approvisionnement et le maintien de l'équilibre environnemental devraient être assurés.

¹⁷ Européen Commission, Economic Foundation for Energy Policy in Europe to 2020. The Shared Analysis Project, Directorate- general for Energy, Brussel 1999. TONUS Özgür, *op. cit.*, 2004, p. 9.

¹⁸ Par exemple la consommation annuelle de pétrole dans le secteur du transport et de la communication occupe les 2/3 de la consommation. Pour remédier à la situation, l'UE veut encourager le transport ferroviaire; le changement et la transformation de la production industrielle; l'unification des marchés énergétiques d'importance mineure des pays membres.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

2001. Ce second programme est un dispositif de coopération internationale en vue de promouvoir les synergies régionales des systèmes d'acheminement des hydrocarbures et de faciliter leur transport vers l'UE,

- Dans le Livre Vert paru en 2006 la question d'énergie était intégrée dans "la stratégie européenne de sécurité" qui avait été décidée en 2003 par le Conseil Européen dans le cadre de PESC (Politique Etrangère de la Sécurité Commune),

- En 2008 un rapport estimait que "la diminution de la production de l'Europe signifie qu'en 2030 jusqu'à 75% du pétrole et du gaz devront être importés".¹⁹

- En 2003 la Commission Européenne dans le but de la création d'un marché unique du gaz et d'électricité a constitué le Groupe Européen des régulateurs pour l'électricité et le gaz (ERGEG).

- Le plan d'action 2007-2009 connu comme plan "20-20-20" quantifie les objectifs sur l'efficacité énergétique, les ressources renouvelables et l'utilisation des biocarburants.

Malgré ces réalisations, les pays de l'UE au lieu de consolider la mise en place d'une politique énergétique commune, semblent avoir optés plus pour des solutions individuelles²⁰. Dès l'hiver 2005-2006, une crise énergétique allait faire frissonner l'Europe. Les différends entre Gazprom et l'Ukraine avaient eu pour conséquence l'arrêt de l'approvisionnement de l'Europe en gaz naturel²¹. Aussi, la nécessité d'une politique énergétique commune avait occupé en 2006 l'ordre du jour du Sommet du Conseil de l'UE. Le cadre juridique pour l'aboutissement d'un marché unique dans le domaine énergétique européen existait déjà dans l'article 3 du Traité de Maastricht de 2002, et l'article III-157 de la Constitution Européenne pouvait compléter dans les détails ce cadre juridique²². Le Traité de Communauté Énergétique ratifié en 2005 veut étendre le marché énergétique aux pays balkaniques²³.

Bien que le secteur énergétique avait joué un rôle fondamental dans la construction de l'Europe (en 1951 CECA et 1957 CECA et CEEA), les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice n'ont pas prévu une politique énergétique commune. L'UE s'est sentie obligée d'accorder une priorité à la sécurité énergétique. Même si les possibilités ouvertes par le traité de Lisbonne créent des conditions plus favorables, une réelle politique reste nécessaire.

L'UE a essayé de développer une politique en tenant compte des préférences de chaque pays. Les crises et les instabilités des pays possédant des ressources énergétiques ont depuis 2004 orienté l'Europe à chercher des relations.²⁴ (Gazprom avait

¹⁹ <http://fr.wikipedia.org> visitée le 30 janvier 2011.

²⁰ Comme par exemple en France, 75% de la consommation électrique vient de la production nationale d'énergie nucléaire; ou l'Autriche fournit 75% de sa production en électricité des centrales hydrauliques. TEZCAN Ercüment, "AB'nin Enerji Politikası: Sorunlar ve Muhtemel Çözümler", <http://www.usakgundem.com/yazarlar.php?type=12&id=1118>, (Dernière visite: 07.02.2009).

²¹ "Moscou et Bruxelles négocient leur partenariat stratégique", *Le Monde*, 27.06.2008.

²² Le processus prévu dans l'article 308 peut être aussi appliqué. Türkiye Avrupa Vakfı, <http://www.turkiyevrupavakfi.org/yazdir20.asp?hid=457> (Dernière visite : 07.02.2009).

²³ CHEMINEAU Sylvie, *op.cit.*, 2007, p. 5.

²⁴ Guiseppe BURGIO, *op. Cit.*

fourni les 161,5 milliards de m³, soit 28% de la demande en gaz naturel; 33% de la demande en pétrole de l'Europe.)

Le lancement de l'oléoduc BTC soutenu par le programme INOGATE et la BERD (Banque européenne pour la reconstruction et le développement) est perçu comme une opportunité pour relier l'Asie centrale, le Sud Caucase, la mer Noire et l'Europe centrale²⁵. Ce renforcement de la coopération avec les pays riverains de la mer Noire et de la mer Caspienne est conforme à la politique européenne commune. Un budget d'un montant de 25 milliards d'euros est attribué à des projets d'études de faisabilité dans lesquels il y a le projet Nabucco prévu par le Transeuropéen de Transmission de Gaz. Dans la quête au approvisionnement énergétique, la région de la mer Noire redevient une zone géostratégique pour le transit des hydrocarbures. En effet, la Coopération Economique de la Mer Noire (CEMN) est une organisation créée à l'initiative de la Turquie en 1998 et comprend en parallèle du volet purement économique un volet naval de sécurité et de défense. Ses membres bien qu'ils désirent établir une stratégie énergétique commune, poursuivent des objectifs épars. Certains sont plus proches de la Russie, d'autres de l'UE ou des Etats-Unis. Dans cette nouvelle zone d'enjeu de la mer Noire, la Russie souhaite voir cette coopération se rassembler autour de Gazprom²⁶.

L'UE cherche à tout prix à réduire sa dépendance face à la Russie en intensifiant et diversifiant sa politique²⁷. A cet égard, la réalisation du projet Nabucco n'est pas encore aboutie. Les membres de l'UE ne réussissent pas à adopter une position commune dans le domaine de l'énergie: l'Allemagne, l'Italie et la France sont partisans d'accords bilatéraux avec la Russie, alors que la Pologne, les Etats baltiques accusent cette dernière d'utiliser l'énergie comme une arme politique. A vrai dire, la Russie est prête à déployer sa force comme dans le conflit russo-géorgien en août 2008 pour sauvegarder son influence dans sa politique de "l'étranger proche". Les déclarations musclées des Etats-Unis à propos du conflit russo-géorgien n'ont pas été reliées en Europe avec la même intensité. A cause de sa dépendance à la Russie, du poids énergétique de cette dernière²⁸ et de son attrait pour les investissements de certains membres de l'UE, les Etats de l'UE ont manifesté une certaine prudence. La dernière crise du gaz russo-ukrainienne pendant l'hiver 2008-2009 renforce cette réalité.

La dépendance de l'UE vis à vis des hydrocarbures russe est le résultat d'un choix, ce n'est pas subi mais voulu. L'UE a pris conscience tardivement de sa dépen-

²⁵ Ibid., p. 7.

²⁶ Ibid.

²⁷ L'Europe assure la majorité de son approvisionnement en pétrole par la voie maritime et en gaz par les gazoducs. Par exemple, le gaz naturel produit par la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, la Norvège est conduit par des gazoducs sur le fonds de la mer du Nord.

²⁸ La Russie est le premier producteur du gaz et l'UE géographiquement proche constitue le plus grand marché du gaz naturel. La Russie lui fournit 40% de son gaz naturel, 35% de son pétrole brut et 25% de son charbon.

dance vis-à-vis de la Russie. Lors de la crise du gaz en 2006, au moment où le Gazprom a interrompu les livraisons de gaz à l'Ukraine.²⁹

La diversification des voies d'approvisionnement et de nouveaux tracés de transit du gaz naturel de la mer Caspienne vers l'Europe progresse à travers trois grands projets de gazoducs: North Stream, South Stream et Nabucco. North Stream projet plus avancé, traversant la mer Baltique, fournira du gaz naturel à la Grande-Bretagne et à l'Allemagne³⁰. Sa mise en service est prévue pour 2012. South Stream reliera la Russie à la Bulgarie par la Mer Noire puis se divisera en deux branches, l'une vers la Roumanie, la Hongrie et la Slovaquie, l'autre vers la Grèce et l'Italie. Il est prévu qu'il soit opérationnel en 2015. North et South Stream sont pilotés par Gazprom et ont pour point commun de contourner l'Ukraine et le Biélorussie.³¹ Les exploitations vers l'Europe sont indispensables pour la rentabilité de Gazprom qui assurent environ 70% de ses revenus.

Nabucco dont la Russie est opposée, est un projet qui vise à acheminer le gaz des pays riverains de la Mer Caspienne passant par la Turquie; son objectif est la diversification des fournisseurs. Il pourrait permettre d'acheminer du gaz d'Iran et d'Irak. L'accord a été signé en 2009, la mise en service est prévue pour 2014. Il existe encore des doutes sur la quantité de gaz susceptibles d'alimenter Nabucco.

Selon l'UE, le projet Nabucco est une alternative aux tracés russes et à ses ressources énergétiques. L'Iran manifeste son intérêt à ce projet pour acheminer son gaz. Cela étant, ce sont les relations complexes entre l'UE et la Russie dans des secteurs stratégiques qui rendent la tâche difficile aux membres de l'UE pour élaborer une politique équilibrée et durable. Dans la plupart des projets énergétiques, la Turquie occupe une place centrale. Et si certains partisans européens jugent l'adhésion de la Turquie à l'UE inopportune au prisme des conséquences négatives qu'elle induirait sur le budget européen, il faut tenir compte des avantages qu'ils pourraient tirer de son rôle et de sa contribution à l'avenir de l'Europe.

A vrai dire, l'Europe n'a pas une politique énergétique qui lui doit être digne car les intérêts stratégiques des différents pays divergent. Et l'UE n'a pas aussi les moyens financiers pour tous les tracés et projets; une collaboration entre ces différents projets est nécessaire.

²⁹ L'Ukraine voulait adopter une politique plus indépendante envers la Russie en demandant son rattachement à l'UE avec l'appui des Etats-Unis. La Russie voulant chatier l'Ukraine a multiplié par 5 le prix de vente de son gaz; L'Ukraine pays pauvre ne pouvant pas payer, Gazprom lui a coupé le gaz. Or 80% du gaz russe en destination de l'Europe passe par l'Ukraine. Voir :Le pouvoir énergétique de la Russie: <http://www.histoire-geo.org/visitee> le 6 février 2011 La crise de 2009 a montré les conséquences qu'un différend russo-ukrainien pouvait avoir sur la sécurité d'approvisionnement de l'UE.

Les relations entre la Russie et l'Ukraine ont connu d'importantes évolutions. Un accord a été conclu en 2010 sur la fourniture de gaz prévoyant une baisse de 30% de la facture de gaz de l'Ukraine jusqu'en 2019 en échange du maintien de la flotte russe en Crimée. Poutine a aussi proposé une fusion de l'entreprise gazière ukrainienne Naftogaz avec Gazprom.

²¹ Tüm gazeteler, "Avrupa Birliği'nin Enerji Politikaları", <http://www.tumgazeteler.com/?a=4248381>, (Dernière visite : 07.02.2009).

³¹ Communication de MM. André Schneider et Philippe Tourtellier sur la sécurité des approvisionnements énergétiques (documents E 4633). <http://www.assemble-nationale.fr/13/pdf/europe> visitée le 28.01.2011.

II. LA TURQUIE

A. La Turquie puissance régionale et voie stratégique des hydrocarbures

La Turquie est devenue un interlocuteur majeur dans le débat géostratégique autour des ressources énergétiques. Elle est un pays de transit qui désire jouer un rôle important sur l'approvisionnement et l'acheminement des ressources énergétiques entre les pays producteurs et l'Europe. Elle est la porte d'entrée des pays qui rassemblent les trois quarts des ressources mondiales. De plus, elle s'efforce de conserver le statu quo dans la mer Noire et les détroits turcs grâce à la Convention de Montreux de 1936³². La coopération entre les pays riverains de la mer Noire et de la mer Caspienne dépend des intérêts mutuels que ces partenaires peuvent en tirer³³.

Elle cherche à se doter de politiques énergétiques efficaces, puisque les problèmes relatifs aux ressources énergétiques est au coeur des enjeux internationaux. Les différents objectifs turcs de la politique énergétique sont: une production pétrolière locale pouvant fournir la moitié des besoins turcs en énergie; une augmentation de la production d'électricité avec l'agrandissement de centrales électriques (comme par exp Afşin-Elbistan); la construction de centrales nucléaires (exp: Akkuyu); création d'une centrale hydroélectrique à Konya dans le cadre du Blue Stream. Elle s'est aussi tournée vers des énergies innovantes afin de diversifier les ressources répondant à des besoins croissants comme énergie éolienne et solaire.³⁴

La Turquie avait lancé deux grands projets:Projet d'Anatolie du Sud-Est incluant la construction de 19 centrales hydroélectriques et TAEK (Institut Turc de l'Énergie Atomique) a lancé en 2007 un programme national de développement de la technologie nucléaire, couvrant la période 2007-2012.³⁵ La Turquie consomme énormément de gaz naturel et d'électricité.³⁶ Elle produit la moitié de son électricité avec les centrales au gaz, le quart à partir des centrales à charbon et les centrales hydroélectriques produisent le quart restant, la part des énergies renouvelables reste négligeable.

Le facteur énergétique étant primordial, les relations commerciales, économiques se densifient entre la Turquie et la Russie. La Turquie tente de diversifier ses approvisionnements énergétiques et cherche à acquérir une position énergétique importante entre les pays producteurs et les marchés européens. La Russie est consciente de l'importance d'entretenir de bonnes relations avec la Turquie. Et la Turquie, sans

³² COJOCARU Doru, *Géopolitique de la mer Noire : éléments d'approche*, Paris, L'Harmattan, 2007, p.

³³ CHEMINEAU Sylvie, op.cit., 2007, p. 6.

³⁴ *La Turquie en première ligne sur la question énergétique*, OVIPOT, jeudi 3 juillet 2008 <http://ovipot.blogspot.com/2008/07> visitée le 6 février 2011.

³⁵ Ainsi la Turquie prévoit de faire passer la part de l'énergie nucléaire dans la production nationale d'électricité à un minimum de 8% en 2020 et 20% en 2030. Construction de 3 centrales nucléaires pour une capacité cumulée de 5.000 MW, la mise en service est prévue pour 2012.

³⁶ La consommation d'électricité augmente de 8% par an alors qu'en Europe cette consommation n'augmente de 1% par an. Pour répondre à cette demande la Turquie estime investir de 70 milliards de dollars dans la production énergétique et les réseaux de distribution d'ici à 2020.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

renoncer à ses partenaires stratégiques qui veut acquérir un poids politique et économique entretien de bonnes relations avec la Russie.³⁷

La Russie projette la construction d'un gazoduc pour approvisionner Israël via la Turquie³⁸ et s'assurer d'une voie énergétique Nord-Sud. La Turquie devient d'une manière générale pour Gazprom une voie de contournement parmi d'autres pour se soustraire par exemple à certains pays européens – Ukraine, Pologne – dont le niveau élevé des taxes vient s'additionner aux relations tumultueuses³⁹. Pour les Etats-Unis, la Turquie en tant que pays de transit est d'une importance stratégique complexe. Elle est un partenaire potentiel des pays de la mer Caspienne et représente une voie alternative pour l'approvisionnement énergétique de l'Europe face à la Russie.

La Russie en représailles à tous les projets visant à amoindrir sa dépendance autant vis-à-vis des pays importateurs que des producteurs décide de construire systématiquement de nouveaux pipelines -South Stream et North Stream- pour contrer toute tentative de contournement.⁴⁰ La région euroasiatique et ses richesses en hydrocarbures attire les grandes puissances. Les Etats-Unis, l'UE, la Russie et l'Asie mènent une bataille pour la maîtrise de ces ressources. Les Etats-Unis soutiennent un programme européen "Route de la Soie du XXIe siècle" lequel vise à rétablir plus particulièrement, les réseaux de transport et les réseaux énergétiques dans le pourtour de la mer Caspienne. A ce titre, la Turquie est un pays allié de taille pour l'UE et les Etats-Unis et un acteur régional de poids dans la région de la mer Noire. Elle reste la voie principale pour l'évacuation des hydrocarbures vers l'Occident face à la Russie et aux concurrents asiatiques que sont la Chine et l'Inde. Donc la Turquie est incircouvable en matière de transit énergétique du fait de sa participation aux projets d'approvisionnement.

En Turquie, alors que les infrastructures pétrolières sont gérées par BOTAŞ et que le gaz naturel est géré à 63% par TPAO, sa production domestique énergétique en 2007 était de 8,7% en pétrole et de 2,6% en gaz. Ses premiers fournisseurs de pétrole sont l'Iran (30%), puis la Russie (29%), la Libye (19%) et l'Arabie Saoudite (15%). La Russie lui fournit 60% de son gaz naturel. La Turquie cherche inévitablement des remèdes à sa dépendance énergétique. TPAO effectue des recherches dans la région de la mer Noire qui pourraient s'avérer prometteuses en matière énergétique. Elle a dans

³⁷ Fabien CASTADOU, *Le repositionnement géopolitique de la Turquie vis à vis de la Russie*, Vostok géopolitique de l'Espace post-soviétique. <http://www.vostok.infos.st/?author=4> 14.4.2010 visitée le 6 février 2011.

³⁸ HILL Fiona, TASPINAR Omer, "La Russie et la Turquie au Caucase: se rapprocher pour préserver le statu quo?", IFRI, Russie. *Nei Visions*, n 8/janvier, 2006, p. 8.

³⁹ CHEMINEAU Sylvie, *op.cit.*, 2007, p. 6.

⁴⁰ Quand la Turquie a annoncé la construction de l'oléoduc Samsun-Ceyhan, reliant la mer Noire à la Méditerranée, la Russie a fait connaître son projet de pipeline reliant Bourgas en Bulgarie à Alexandropolis en Grèce. A la fin de la Guerre froide, la politique énergétique de la Turquie était plus modeste : elle consistait à diversifier ses sources d'énergie et à fournir une énergie sur la base de bon rapport qualité/prix, et à fonctionner en tant qu'un pont de transfert d'énergies.

sa première démarche trouvé un gisement relativement important après cinq ans d'études sismiques.⁴¹

La dépendance énergétique de la Turquie est estimée d'atteindre 14% en 2030. La Turquie espère tripler sa capacité de production d'électricité afin de faire face à ses besoins. De grands progrès sont réalisés pour développer les énergies renouvelables ainsi que le nucléaire civil.

B. La Turquie au carrefour des voies énergétiques

La Turquie est donc un partenaire incontournable pour les acteurs régionaux mais aussi internationaux. Aujourd'hui, il devient difficile de négliger la situation géostratégique de la Turquie dans le transit des hydrocarbures.

1. L'oléoduc Bakou-Tbilissi-Ceyhan (BTC)

Cet oléoduc d'une longueur de 1 765 km reliant la mer Caspienne-Azerbaïdjan et la Méditerranée au gigantesque port de Ceyhan aura coûté 4 milliards de dollars. Fonctionnant depuis 2006, le BTC est une victoire des Etats-Unis sur la Russie, car il fait de la Turquie un pays majeur et stratégique pour le transit des hydrocarbures et affranchit la Géorgie et l'Azerbaïdjan de la mainmise russe. Le BTC fait la jonction entre les pays producteurs et consommateurs sans emprunter le réseau de transport russe et évite de prendre la route d'un Moyen-Orient instable. Tout en permettant le transit de plus de 50 millions de tonnes de brut par an, il diminue la voie de passage des détroits turcs et par conséquent les risques de pollution et de dangerosité pour la ville d'Istanbul⁴². Ceyhan est devenu un port important pour les cargaisons de pétrole de mer Caspienne et de Kirkouk. L'oléoduc Samsun-Ceyhan contribuera à soulager la pression sur les détroits turcs. Les Etats-Unis ont apporté leur soutien au BTC pour exclure la voie iranienne. Ils ont ainsi privilégié l'exportation des gisements pétroliers d'Azerbaïdjan pour désenclaver la région du Caucase et d'Asie centrale⁴³. Les efforts diplomatiques et financiers des Etats-Unis en faveur du BTC ont produit leurs effets lors du Sommet de l'OSCE tenu en 1999 à Istanbul, dans la Déclaration d'Istanbul. L'accord signé en 2000 entre les trois Etats (Azerbaïdjan, Géorgie et Turquie) a constitué le cadre juridique de l'oléoduc BTC⁴⁴. Le parcours de cet oléoduc est stratégique, car en évitant l'Iran et la Russie, il ouvre une nouvelle route entre l'Est et l'Ouest. Le

⁴¹ Un grand nombre de compagnies étrangères ont déjà fait savoir à TPAO leurs profonds intérêts. TPAO s'apprête à lancer avec la société brésilienne Petrobras le premier forage en 2010. Un accord a été conclu avec Exxon Mobil, et des entretiens bilatéraux sont entamés avec Chevron. "Recherches de pétrole en Mer Noire: Les sociétés européennes et américaines sont en lice", www.trt.net.tr, (Dernière visite: 15.02.2009).

⁴² COJOCARU Doru, op.cit., 2007, p. 54.

⁴³ Au nord, la voie russe permettait déjà d'exporter les petites quantités de pétrole de Bakou vers Novorossisk. JAFALIAN Annie, "L'oléoduc Bakou-Ceyhan : paradoxes et cohérence de la stratégie Américaine des pipelines", *Politique Etrangère*, 1/2004, p. 156-157.

⁴⁴ Ibid., p. 158.

Kazakhstan a aussi annoncé sa volonté de se raccorder au BTC⁴⁵. Le BTC est l'aboutissement de la politique économique, stratégique et environnementale de la Turquie⁴⁶.

2. Le gazoduc Bakou-Tbilissi-Erzurum (BTE) ou (Pipeline Caucase du Sud)

Le gazoduc BTE est parallèle au BTC sur la majeure partie de son itinéraire, reliant Shah Deniz en Azerbaïdjan à Erzurum. Ce gazoduc mis en service fin 2006 permet de transporter du gaz naturel azéri et turkmène et de compléter le corridor énergétique Est-Ouest. Ce gazoduc d'une longueur de 692 km, fournira la Turquie et la Géorgie en gaz naturel et devrait approvisionner le projet Nabucco pour l'Europe⁴⁷. Depuis 2007 BTE a permis la livraison de gaz naturel de la Mer Caspienne vers le nord de la Grèce en contournant la Russie. La capacité actuelle de ce gazoduc serait multipliée lorsque la connexion sous-marine entre la Grèce et l'Italie sera terminée.⁴⁸

3. Le Blue Stream

Le Blue Stream est le premier gazoduc sous-marin de l'histoire au fond de la mer Noire construit par la Russie. En parallèle aux négociations du BTC, la Turquie avait signé avec la Russie un accord relatif à la construction du Blue Stream d'une longueur de 1 213 Km⁴⁹. Ce partenariat qualifié de stratégique entre la Russie et la Turquie a irrité les Etats-Unis. La Russie le considère comme une arme stratégique contre l'Europe qui cherche à réduire sa dépendance au gaz russe et à faire valoir le Nabucco. La Russie souhaite faire de la Turquie "un carrefour des routes gazières" pour approvisionner les routes du Sud de l'Europe.⁵⁰

La Turquie et la Russie ont décidé la construction d'un second Blue Stream 2, liant les deux pays par la Mer Noire et qui sera dirigée vers l'Israël, le Liban et la Syrie et Chypre. Le projet Blue Stream 2 prévoit la pose d'un second tuyau parallèle au pipeline Blue Stream ainsi la création d'une infrastructure gazière en Turquie d'un gazoduc maritime reliant la Turquie à l'Israël. Un autre protocole d'accord a été aussi signé prévoyant le lancement du projet d'oléoduc entre Samsun-Ceyhan.⁵¹ Israël ayant découvert sur son plateau continental un gisement important, apparemment n'aura pas besoin du Blue Stream. Pour des raisons financières le Blue Stream ne sera pas prolongé jusqu'en Israël.

⁴⁵ Si le brut kazakhstanais est transité par BTC, un champ énorme pour rentabiliser l'utilisation du BTC s'ouvrira en Azerbaïdjan. La Russie a accru sa pression sur ce pays pour qu'il respecte le contrat signé avec la Transneft en 1996 concernant l'oléoduc Bakou-Novorossisk.

⁴⁶ CHEMINEAU Sylvie, op.cit., 2007, p. 6.

⁴⁷ Ibid., p. 3.

⁴⁸ Francis GHILÈS, extrait tiré de l'ouvrage "Multilateral cooperation in the mediterranean: a comprehensive approach to security", Février 2019, publié par l'Institut espagnol d'études stratégiques. Défi énergétique n°9 <http://www.ipemed.coop/IMG> visitée le 6 février 2011.

⁴⁹ Soucieux de contrer le projet du gazoduc Nabucco, la Russie projette de construire un second gazoduc appelé South Stream identique au Blue Stream qui lui doit transporter le gaz russe par la Turquie vers l'Italie, l'Autriche et la Hongrie. COJOCARU Doru, op.cit., 2007, p. 55.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Elisabeth STUDLER, <http://www.leblogfinance.com/2009/08/guere-des..> Visitée le 28 janvier 2011.

4. L'oléoduc Tabriz-Erzurum

Il permet depuis 2001 l'acheminement du gaz naturel iranien en Turquie. Un quart de sa capacité est utilisé sur les 15 à 20 milliards de m³ par an. Dans un mémorandum de compréhension mutuel signé en 2007, il est prévu d'acheminer du gaz turkmène et iranien vers l'UE⁵².

5. Le gazoduc Azerbaïdjan-Turquie- Grèce- Italie

Il achemine depuis février 2008 le gaz naturel azéri via la Turquie vers la Grèce. Contrairement au Blue Stream, la Turquie a le droit de commercialiser le gaz acheminé sur son territoire et a reçu l'aval des Etats-Unis et de l'UE alors que la Russie lui interdit⁵³.

6. Le gazoduc Kirkuk-Ceyhan (Yumurtalık)

Cet oléoduc a connu des interruptions avec la guerre en Irak et ne fonctionne pas à plein régime. Il transporte depuis 1977 du pétrole brut d'Irak vers la côte méditerranéenne de la Turquie et cela sur une distance de 966 km⁵⁴.

7. Le projet de gazoduc Nabucco

Ce projet de gazoduc d'une longueur de 3 400 Km doit relier les pays producteurs de la mer Caspienne à l'Autriche via la Turquie. Toutefois, les pays européens ne semblent pas parler d'une même voie.

L'Allemagne a suggéré que les trois projets à l'étude (Nabucco, South Stream, North Stream) doivent avoir le soutien de l'UE même si deux entre-eux sont pilotés en partie par Gazprom. Pour la chancelière Allemande, Angela Merkel, il semble urgent pour l'Europe de "pousser à la finalisation (...) d'un accord de partenariat et de coopération avec la Russie"⁵⁵. Il faut pour l'Europe insister sur ces liens d'interdépendance sans vouloir isoler la Russie. La Russie a déjà fait savoir en représaille au projet Nabucco qu'elle construirait le South Stream qui relira la Russie à l'Italie et à la Hongrie tout en contournant l'Ukraine. Depuis la crise russo-ukrainienne, la Russie souhaite s'affranchir également des pays transitaires et compte à ce sujet réaliser le North Stream pour relier la Russie à l'Allemagne via la mer Baltique⁵⁶.

Ce projet gazier Nabucco a été imaginé en 2003 dans le programme de Réseau Energétique Transeuropéen. Il devra se connecter au réseau Tebriz-Erzurum et sera rejoint par le pipeline Transcaspien. La Turquie souhaite ainsi que ce gazoduc se raccorde également à la mer Caspienne afin d'acheminer sous la mer le gaz naturel du

⁵² C'est un couloir qui pose des problèmes pour la Turquie qui a même porté l'affaire en arbitrage international pour le résoudre. "Enerjide Boru Hatları Savaşları", <http://www.alternaturk.org/turkiye-boru-hatları.php> (Dernière visite : 07.02.2009).

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ "Projet Nabucco: les Européens veulent diversifier leur approvisionnement gazier", *Le Monde*, 02.02.2009.

⁵⁶ Ibid. Selon la République Tchèque, le NABUCCO est prioritaire et stratégique pour l'Europe, le pipeline South Stream contournant l'Ukraine par le Sud constitue une menace pour NABUCCO.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Turkménistan. Cette extension achoppe aujourd'hui sur l'absence d'un statut de la mer Caspienne. La Russie s'oppose à ce projet transcaspien⁵⁷.

Le Nabucco qui relira la ville d'Edirne au terminal autrichien passera par la Bulgarie, la Roumanie et la Hongrie. Plus la mise en exploitation du gazoduc se rallonge plus la Russie assoit la solidité de sa stratégie d'acheminement du gaz par son péricaspien des pays producteurs vers les pays consommateurs en contournant les pays transitaires. Selon les estimations des experts, le Nabucco ne serait pas rentable sans l'approvisionnement du gaz russe et iranien⁵⁸. Or jusqu'à maintenant, les sanctions des Etats-Unis et des européens n'envisagent pas la participation iranienne. Iran détient les deuxièmes réserves gazières mondiales après la Russie qui peut être une source précieuse pour le remplissage de Nabucco. Mais les attitudes des Etats-Unis et de l'UE rendent difficilement la possibilité d'une coopération.⁵⁹

Nabucco éprouve du déficit des livraisons. Selon la Russie Nabucco est un projet européen de portée politique et non économique puisqu'il est initié par les hommes politiques.

En janvier 2011 un champ gazier a été découvert en Irak du Nord. On commence à ce demander si cette découverte peut sauver le projet Nabucco. Mais rien est certain pour l'instant s'il y a suffisamment de gaz pour le marché européen.

Actuellement les routes concurrentes de Nabucco se multiplient en Europe. Car les promoteurs de ces itinéraires encouragent aussi North Stream et South Stream en même temps que Nabucco.⁶⁰ Selon certaines estimations, l'Azerbaïdjan vend de grands volumes de gaz à la Russie et à l'Iran et il n'y a plus de gaz pour Nabucco. Les turkmènes vendent la majorité de leur gaz soit en Russie soit en Chine et seul le gaz azerbaïdjanais reste pour Nabucco. La Russie est arrivée à convaincre les pays balkaniques à rejoindre le projet South Stream. La Turquie s'est aussi adhéree au South Stream. A la suite des changements survenus L'Ukraine desire attirer les compagnies russes sur son territoire.⁶¹

La Russie n'est pas non plus favorable pour l'acheminement du gaz iranien qu'elle juge concurrent. Elle défend la voie du South Stream pour acheminer du gaz de Sibérie et d'Asie centrale⁶². La voie iranienne n'attire pas encore les investisseurs⁶³.

⁵⁷ "La Turquie s'emploie à affirmer sa présence dans le bassin énergétique de la Caspienne", Le Monde, 25.03.2007.

⁵⁸ Gazprom et ENI construiront la partie du pipeline sous la mer Noire. "South Stream et Nabucco, les deux gazoducs de la discorde entre l'Union Européenne et la Russie", Le Monde, 19.01.2008. "Les Européens affaiblissent eux-mêmes leur projet de gazoduc", Le Monde, 30.04.08. Breakingviews.com.

⁵⁹ Philippe CONDE, *South Stream contre Nabucco*, Dossier: dépendance énergétique à la Russie, 1.10.2009 <http://www.regard-est.com/home> visitée le 30 janvier 2011.

⁶⁰ La Turquie, un pont indispensable pour la politique énergétique de l'Europe, 27 janvier 2011 <http://www.turquie-fr.com> visitée le 6 février 2011.

⁶¹ 28.1.2011 <http://fr.rian.ru/energetics/>, visitée le 30 janvier 2011.

⁶² "Bataille pour le gaz iranien ne fait que commencer", Le Monde, 15.05.2008.

⁶³ En 2007, la Turquie et l'Iran avait signé un accord de projet prévoyant le transit par la Turquie du gaz iranien. La Russie est hostile au gazoduc turco-iranien qui constituera une voie de contournement qui affaiblirait son influence. Les Nations-Unies ont sanctionné l'Iran pour son programme nucléaire. Le

Les rivalités géostratégiques énergétiques placent la Turquie au coeur névralgique des routes des hydrocarbures.

8. Le Projet de Gazoduc South Stream

L'incertitude sur Nabucco a fait bénéficier la Russie qui a lancé le projet South-Stream. Le tracé South Stream passe sous la Mer Noire 900 km à une profondeur de 2000 mt pour atteindre la Bulgarie. A partir de là une branche sud passera par la Grèce et atteindra le sud de l'Italie et une branche nord traversera la Bulgarie, la Serbie, la Hongrie et la Slovénie jusqu'au nord Italie permettant l'exploitaton de 31 milliards de m³ de gaz vers l'Europe en 2013. Ce gazoduc aurait une capacité annuelle de 63 millions de m³ et serait mis en service en 2015 dont le coût serait 3 fois le coût de Nabucco. Il est en concurrence directe avec Nabucco. La Russie promet d'approvisionner les ressources en gaz pour les cents prochaines années. Cette garantie d'approvisionnement pèse sur les décisions européennes dans leur choix entre Nabucco et South Stream.⁶⁴

La Turquie s'est adhéree à ce projet qui cheminerait le gaz russe en Grèce, en Italie et en Autriche par la mer Noire. Elle a en 2009 autorisé la pose du gazoduc dans ses eaux territoriales. La Turquie et la Russie ont décidé pour débiter le chantier du gazoduc South Stream en 2010.

Ce projet permettrait de contourner l'Ukraine comme pays de transit qui avait été à l'origine de conflits provoquant des coupures d'approvisionnement à l'Europe. Ce projet permettrait de contrôler une grande partie des livraisons du gaz en provenance des gisements gaziers de la Mer Caspienne et du Kazakhstan, concurrençant Nabucco soutenu par l'UE.

Dans le cadre des projets qui ne cessent pas de se produire, depuis avril 2010 il est encore question d'un autre projet d'oléoduc AGRI (Azérie Géorgie, Roumanie Intersection).

CONCLUSION

Dans le contexte mondial actuel, les convoitises énergétiques des puissances ont tendance à influencer les politiques économique et géostratégique des Etats. La concurrence des voies de transit, l'intérêt économique des pipelines pour les pays donnent lieu à des luttes plus âpres que l'exploitation des ressources énergétiques sur le plan mondial plus encore que le pétrole, le gaz naturel joue un rôle essentiel dans le dispositif industriel, économique et stratégique.

La Turquie en tant puissance régionale développe une politique multivectorielle autour des attentes diverses, rivales et opposées entre les pays producteurs, de transit et consommateurs. Elle est au centre de nombreux projets dans le domaine gazier et pétrolier et au carrefour des routes énergétiques. Elle acquiert de plus en plus les qua-

Congrès américain avait voté en 1996 une loi pour sanctionner tout investissement en Iran : la Loi d'Amato.

⁶⁴ Philippe CONDE, *South Stream contre Nabucco*. Dossier Dépendance énergétique à la Russie. <http://www.regard-est.com> visitée le 30 janvier 2011.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

lités d'un "pont tournant" dans l'acheminement de grande quantité d'hydrocarbures entre l'Asie centrale, le Moyen-Orient, la Russie et l'Europe.

Candidate à l'UE, membre de plusieurs programmes européens (INOGATE), certains prétendent que la Turquie ne peut pas devenir membre à part entière de l'UE uniquement du fait de ses atouts stratégiques incontestables. Un enjeu de taille pour l'UE qui souhaite garantir sa sécurité énergétique et conduire la Turquie a signé le Traité de la Communauté d'Énergie. Elle manifeste son mécontentement en voyant jusqu'à ce jour l'ouverture seulement de 10 chapitres sur 35 chapitres depuis des années de négociations. La Turquie désire l'ouverture du chapitre sur "l'énergie". Non membre de l'UE, la Turquie est partenaire du Projet Nabucco et la réglementation de l'UE administre ce projet. Le partenariat économique, coopération politique et diplomatique couvrent aussi les questions énergétiques. La Russie et la Turquie vont vers un partenariat stratégique évident. Je pense que l'UE au lieu d'écartier la Turquie elle ferait mieux de revoir sa stratégie et de collaborer avec la Turquie et la Russie. La diplomatie turque est dynamique et en plein essor régional ainsi que les enjeux du partenariat avec les États voisins tout en sachant que les bons liens commerciaux ne signifient pas uniquement et ne veulent pas dire forcément coopération.

Pays pauvre en ressources énergétiques, mais de transit, la Turquie ne perçoit pas la Russie comme un rival, car elle arrive à utiliser et équilibrer harmonieusement ses arguments géostratégiques de l'Europe à la mer Caspienne. Partenaire de l'UE et des États-Unis, la politique énergétique de la Turquie n'est pas sans moindre influence vis-à-vis de ses voisins pour la stabilité, mais aussi pour être une passerelle des valeurs occidentales. Il est indéniable que le rôle de la Turquie est d'une importance majeure pour consolider la paix dans une région. Le Président de la République Turque disait qu'un des atouts majeur "est celui de la contribution de la Turquie à la sécurité énergétique de l'Europe avec le rôle central qui dorénavant lui incombe en ce secteur".

En effet en 2003 la Turquie avait adopté la loi relative au marché du pétrole; en 2005 la loi sur l'utilisation des énergies renouvelables pour la production de l'énergie électrique; en 2007 la loi sur la rentabilité énergétique et les ressources géothermale. Ainsi toutes ces mesures prises sur le plan national servent à rapprocher les pratiques du secteur énergétique turques aux pratiques de l'UE.

Les mesures législatives adoptées sur le plan national ; les coopérations concernant les projets relatifs aux voies énergétiques et sur la sécurité des voies énergétiques et les conventions et accords signés sur le plan international sont synonymes de la coopération politique énergétique et commerciale turques.

Ceux qui pensent que la Turquie se sert des questions énergétiques comme levier politique dans la perspective d'une éventuelle intégration à l'UE et voulant utiliser la question de la sécurité des voies énergétiques comme un moyen juteux réagissent. Donc un nouveau projet révélateur d'une volonté européenne de ne pas dépendre de la Turquie et de la Russie, appelé "White Stream" piloté par l'Ukraine, permettrait de contourner la Turquie et la Russie (contrairement à Nabucco et South Stream).

Or il est vrai que c'est juteux, mais tout pays a droit au développement. Et d'autre part la Turquie veut aussi par les tracés des projets de hydrocarbures éviter les risques des dangers que les grands tankers peuvent causer lors de leur passage par les

les détroits turcs. La Turquie serait toujours favorable pour tout itinéraire permettant de dégager les détroits .

Les projets prévus pour le cheminement des hydrocarbures arrimeront fortement l'UE à la croisée des chemins de l'Asie, du Moyen-Orient. L'Ecole néo-fonctionnaliste inspirée par le théoricien David Mitrany démontre qu'une coopération dans un domaine peut impliquer d'autres opportunités de coopérations dans d'autres secteurs. C'est pour cette raison qu'une coopération énergétique avec la Turquie aurait sûrement une influence considérable pour la création de nouvelles opportunités .Car en réalité, l'histoire des relations UE-Turquie est l'histoire des opportunités manquées.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

COJOCARU Doru, *Géopolitique de la mer Noire : éléments d'approche*, Paris, L'Harmattan, 2007.

GAÏDZ Minassian, *Caucase du Sud, la nouvelle guerre froide : Arménie, Azerbaïdjan, Géorgie*, Paris, Autrement, 2007.

SIECA-KOZLOWSKI Elisabeth, TOURMARKINE Alexandre, *Géopolitique de la mer Noire : Turquie et les pays de l'ex-URSS*, Paris, Karthala, 2000.

Articles

BAYOU Céline, *Dépendance énergétique à la Russie*. Revue Regard sur l'Est Dossier # 52 /10/2009 <http://www.regard-est.com> visitée le 9 Février 2011

CASTADOU Fabien, *Le repositionnement géopolitique de la Turquie vis à vis de la Russie*, Vostok géopolitique de l'Espace post-soviétique. <http://www.vostok.infos.st/?author=4>.

CONDE Philippe, *South Stream contre Nabucco*. Dossier Dépendance énergétique à la Russie. <http://www.regard-est.com> visitée le 30 janvier 2011.

CONDE Philippe, *L'Energie russe à la conquête de l'Est*, Nouvelle Europe 16.11.2010, <http://www.nouvelle-europe.eu/geographie/cei/e-energie-russe-a-la-conquete-de-l-est.html> visitée le 30 janvier 2011.

BURGIO Guiseppe, *Politique énergétique pour l'Europe*. Bulletin européen, Edition Française 61e année, janvier 2010 no: 716 <http://www.fondazioneDragan.org/media/01-2010> visitée le 6 février 2011.

GHILÈS Francis, extrait tiré de l'ouvrage "*Multilateral cooperation in the mediterranean: a comprehensive approach to security*", Février 2019, publié par l'Institut espagnol d'études stratégiques. Les notes ipemed, Défi énergétique no: 9 <http://www.ipemed.coop/IMG> visitée le 6 février 2011.

HADDAJI Yasha, "Les hydrocarbures dans le Sud-Caucase: Grandes manœuvres autour des ressources de la Caspienne", *Le courrier des pays de l'Est*, n°1043, mai-juin, 2004, pp. 12-23.

JAFALIAN Annie, "L'oléoduc Bakou-Ceyhan: paradoxes et cohérence de la stratégie Américaine des pipelines", *Politique Etrangère*, 1/2004, pp. 156-157.

JALILLOSOLTAN Nader, "Le Caucase et les enjeux de pétroliers de la mer Caspienne", *AFRI*, volume II, 2001, pp. 108-126.

KEMAL İsmail: "Türkiye, AB, Enerji"
<http://.londragazete.com/yazar.asp?yaziID=2966> visitée le 07.02.2009.

PERTUZIO André, *La Russie Energétique, Géostratégique no:24*
<http://docs.google.com/www.strategics.information.com/24.05.pdf> visitée le 4 Février 2011.

Par Abdullah GÜL, *Pourquoi la Turquie veut adhérer*, <http://www.turquie-fr.com> et <http://www.abhaber.com/haber.php?id=13486> visitées le 6 février 2011.

SAINT-PROT Charles, *La politique des Etats-Unis au proche-orient*. Observatoire d'Etudes Géopolitiques <http://www.etudes-geopolitiques.com/article5.asp> visitée le 11 Février 2011.

TEZCAN Ercüment: "AB'nin Enerji Politikası: Sorunlar ve Muhtemel Çözümler" <http://www.usakgudem.com/yazarlar.php?type=12&id=1118> visitée le 07.02.2009.

TONUS Özgür: "Genişleyen Avrupa Birliği'nin Enerji Politikaları ve Türkiye" 21 - 23 Eylül 2004 Gazi Üniversitesi'nde düzenlenen "Müzakere sürecinde Avrupa Birliği İlişkileri Uluslararası Sempozyumu"nde sunulan tebliğ. s: 1-6 et <http://www.radikal.com.tr/veriler/2006/04/10rakom.gf> visitée le 07.02.2009.

TROFIM Liliana, *Le Secteur énergétique de la Russie entre économique et politique*. CIFE/ IEHEI année universitaire 2008-2009 Directeur de Recherche Claude Nigoul.

Publications officielles

Communication de MM. André Schneider et Philippe Tourtellier sur la sécurité des approvisionnement énergétiques (documents E 4633). <http://www.assemble-nationale.fr/13/pdf/europe> visitée le 28.01.2011.

HILL Fiona, TASPINAR Omer, "La Russie et la Turquie au Caucase: se rap-
porcher pour préserver le statu quo?", *IFRI, Russie. Nei Visions*, n 8/janvier, 2006.

CHEMINEAU Sylvie, *La Turquie un acteur stratégique centreasiatique*,
(sous la dir. de MARCOU Jean) Rapport de stage à l'IFEA, İstanbul, août 2007.

Articles de journaux

"Projet Nabucco: les Européens veulent diversifier leur approvisionnement gazier", *Le Monde*, 02.02.2009.

"Les Européens affaiblissent eux-mêmes leur projet de gazoduc", *Le Monde*, 30.04.2008.

"South Stream et Nabucco, les deux gazoducs de la discorde entre l'Union Européenne et la Russie", *Le Monde*, 19.01.2008.

"Bataille pour le gaz iranien ne fait que commencer", *Le Monde*, 15.05.2008.

"Moscou et Bruxelles négocient leur partenariat stratégique", *Le Monde*, 27.06.2008.

"La Turquie s'emploie à affirmer sa présence dans le bassin énergétique de la Caspienne", *Le Monde*, 25.03.2007.

"Un pays toujours gourmand en énergie". *Le Monde* 23.06.2008.

“Turquie Nouveau carrefour des strategies énergétiques” Le Monde 24.06.2008.

Sitographie

<http://www.turquie-fr.com>

<http://www.histoire-geo.org/>

<http://turkishembassy.dk>

<http://www.tumgazeteler.com>

www.radical.com.tr

<http://www.usakgundem.com>

<http://www.alternaturk.org>

<http://breakingviews.com>

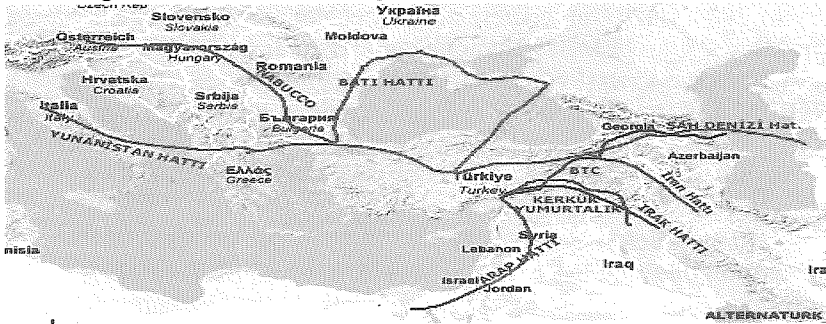
<http://www.turkiyeavrupavakfi.org/yazdir20.asp?hid=457>

<http://www.tumgazeteler.com/?a=4637562>

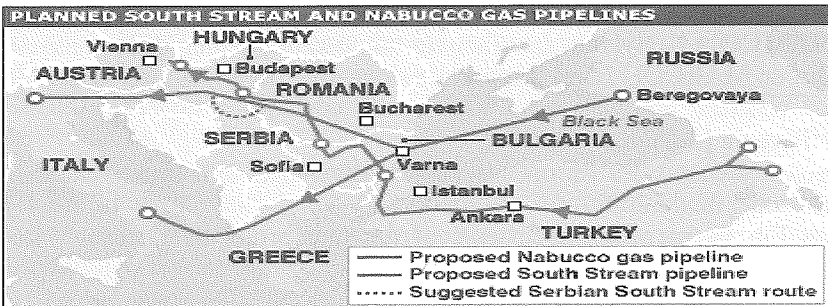
<http://ovipot.blogspot.com/2008/07>

Annexes: Cartes

Source:<http://www.alternaturk.org>



Source: mhtml://C:\Documents and settings\Jale\My documents\south stream and nabucco m.



**KAT MALİKLERİ KURULUNU YÖNETMEKLE GÖREVLİ DİVANA
TOPLANTI TUTANAĞINI İMZALAMA YETKİSİ VERİLMESİNE DAİR
YAYGIN UYGULAMANIN HUKUKA UYGUNLUĞU SORUNU**
*(PROBLEM OF COMPLIANCE WITH LAWS OF THE COMMON PRACTICE, WHERE THE
BOARD OF MANAGERS IN CHARGE OF MANAGING THE BOARD OF CONDOMINIUM
OWNERS ARE AUTHORIZED TO SIGN MEETING RECORDS)*

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI*

ÖZET

Bu makalede, kat malikleri kurulunu yöneten kurula, kat malikleri toplantısına katılanlarca toplantının başında oy çokluğu ile alınan bir karar ile toplantı tutanağını imzalama yetkisinin verildiğini savunan yaygın görüşün hukuka uygun olmadığı ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kat mülkiyeti, kat malikleri, yönetim kurulu, imza yetkisi, toplantı tutanağı, kat malikleri kurulu, kat malikleri kurulu kararı, kat maliki kurulu kararlarının şekli.

ABSTRACT

The prevailing view, according to which the conferment of authority to sign meeting record upon the board of managers by a decision taken by majority vote of attendees at the beginning of the meeting, cannot be regarded as in compliance with laws.

Keywords: *Condominium ownership, condominium owners, board of managers, authority to sign, meeting record, board of condominium owners, decision of board of condominium owners, form of decisions of board of condominium owners.*

I. GENEL OLARAK

Kat mülkiyeti ilişkisinin liste başı yönetim organı olan kat malikleri kurulu, her kurul gibi belirli bir disiplin ve düzen içinde yürümelidir, kurulda hukuk düzeninin emredici kurallarına aykırılıklar yaşanmamalıdır. Öte yandan, kurulda tatsızlıklar da olmamalıdır.

Diğer birlikteliklerde olduğu gibi, kanunda şart kılınmamakla birlikte, kat malikleri kurulunu da uygulamada “başkanlık divanı”, “divan”, “toplantı divanı” gibi isimlerle yaşayan kurullar yönetmektedir. İşaret olduğu üzere, bu manzaranın kaynağı, tamamıyla uygulamadır. Uygulamada, kurul toplantısını bir kişinin de yönettiği görülebilmekle birlikte, yaygın tatbikatın söylediğimiz gibi olduğu, yani kurulu yönetme işinin çoğu kez bir heyete (divana) verildiği belirtilmelidir.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: arpac@europe.com

Gene uygulamada, kat malikleri kurulunu yönetecek divana toplantı tutanağını imzalama yetkisi vermek gibi garip bir tutum sergilenmekte, belki de çok az istisnalar dışında, her kurul toplantısında bu yola gidilmektedir. Genel kurul (kat malikleri kurulu) gündemine de, bu garip davranış tarzı yazılmaktadır. Toplantının daha başlarında, divana toplantı tutanağını imzalama yetkisi verilmesine dair gündem maddesi oya sunulmakta, mevcudun oyçokluğu yeterli görülerek bu yetki verilmiş sayılabilmektedir.

İşte, bu çalışmada, söz konusu yaygın uygulamanın hukuka uygun olup olmadığı meselesini ele alacak, konuya ilişkin hukuki sonuçlara temas edeceğiz. Bizi böyle bir çalışmaya iten sebep, bazı meslekdaşlarımızın dahi, hiç tereddüt etmeden bu yönde olumlu görüş bildirmeleri olmuştur.

II. KONUNUN DAHA YAKINDAN İNCELENMESİ

1) Kat Malikleri Kurulu Kararının Şekle Tabi Olup Olmadığı Sorunu

Hukukumuzda, hukuki işlemlerin şekle (sıhhat, geçerlilik şekline) tabi olduğu yönünde kanunda bir hüküm yoksa, onların hiçbir şekle uymadan yapılabileceği bilinmektedir (BK. 11/I). Kat malikleri kurulu kararının da hukuki işlem olduğu açıktır. Gerçi, konuya ilişkin BK. 11/I hükmünde “akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir” demek suretiyle akit, yani sözleşme niteliğinde olmayan hukuki işlemler bakımından bir tartışma kapısı aralanmış gözüküyor. Ne var ki, bu hususta sözleşmeler ile diğer hukuki işlemler arasında fark gözetmenin makul bir gerekçesi bulunamayacak ve işaret olunan tartışmaya yer verilemeyecektir¹.

Kat mülkiyeti ilişkisinin özel kanunu olan Kat Mülkiyeti Kanununda, kat malikleri kurulu kararlarının şekline dair açık bir hüküm yer almamıştır. Ancak, bu Kanunun konuya ilişkin bazı hükümlerinden, kat malikleri kurulu kararlarının alelade yazılı şekle tabi olduğu sonucuna varmak gerektiği de söylenmelidir. Şöyle ki, KMK. 32/son hükmü, anlaşmazlıkların çözümünde daha önce verilmiş kararlara bakılmasını, konuya ilişkin karar varsa, kural olarak, o karara uygun bir çözüme gidilmesini istemekte ve böylece kararların yazıya bağlanması gerektiğini ifade etmiş olmaktadır². Aksine düşünce tarzı, anılan hükme uygulanma alanı bırakmamaktadır. Gerçekten, yazıya bağlanmayan bir karara, daha sonra oluşan uyuşmazlıkların çözümü için bakılması, olayların çoğunda mümkün olamayacaktır. Herkes bilir ki, “söz uçar, yazı kalır” derler. Kat malikleri kurulu kararlarının yazılı şekle tabi olduğu, KMK. 32/V hükmünden de anlaşılmaktadır. Bu hükümde, kat malikleri kurulu kararlarının yazıldığı defteri, yani deftere yazılmış kararların altını toplantıda bulunan bütün kat maliklerinin imzalaması gerektiği, karara muhalif kalanların da muhalefet sebeplerini belirterek keza kararları imzalayacakları dile getirilmiştir ki, yazıya bağlanmayan kararların imzalanmasından söz edilemeyeceği açık olduğuna göre, Kanunun, kararları yazılı şekle tabi kıldığı söylenmek gerekecektir. Şunu da belirtelim ki, KMK. 32/V hükmü karşısında, kat malikleri kurulu kararlarının ses kayıt cihazları ile kayda geçirilmek suretiyle KMK. 32/son hükmünde kendini gösteren kanuni isteğin karşılanmış olacağı ve

¹ Ayrıca bkz., A. von Tuhr, Edege, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Ankara 1983, s.229, dpn. 4.

² Bkz., A. Arpacı, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 131.

dolayısıyla bu ihtimalde yazılı şekle uyma zorunluluğundan söz edilemeyeceği de ileri sürülemeyecektir. Zira, belirtildiği üzere, KMK.32/V hükmü, açıkça, kararların “imzalanmasından” bahsetmektedir. Kanundaki karar defterine yazımdan vazgeçsek de, imza düzenlemesini görmezden gelemeyeceğimiz açıktır. Nitekim, kararların karar defterine değil de, başka bir kağıda yazılmış olması Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir³. Ancak, Yüksek Mahkeme de, yukarıda vardığımız sonuç doğrultusunda içtihatla bulunmuş ve aynen, “kurul kararlarının yazılı olması ve karara iştirak eden kat malikleri tarafından imzalanması muteberlik şeklindedir” ifadesini kullanmak suretiyle uygulama açısından dahi konuyu aydınlığa kavuşturmuştur. Yeniden değinelim ki, kat malikleri kurulu kararları Kanunda (KMK.32/V hükmünde) zikri geçen karar defterine yazılmasa da, hiç olmazsa herhangi bir kağıda yazılarak ilgili kat maliklerince imzalanmalıdır. Burada, bir geçerlilik şekli söz konusudur. Borçlar Kanununun 11.maddesinin ilk fıkrasındaki “sarahat” kelimesi, vardığımız sonucu saf dışı bırakamayacaktır. Zira, sarahat, yani açıklık, bazen tek bir kelime ile oluşturulur; bazen de bunu kanunun ifade tarzından, kurduğu cümlelerden anlarız.

2) Divana Toplantı Tutanağını İmzalama Yetkisi Verilebilir mi?

Yukarıda işaret olunduğu üzere, Kat Mülkiyeti Kanununda bu konuda bir hüküm yoktur. Bir kere, uygulamadaki adı ile “toplantı tutanağı” da Kat Mülkiyeti Kanununa yabancıdır. Bununla birlikte, hemen yukarıda kararların karar defteri yerine başka bir kağıda yazılmasının da yeterli olduğunu tespit ettiğimize göre, uygulamanın icad ettiği toplantı tutanağının, diğer şartlar da varsa, yazılı şekil için yeterli olduğunu söylemeliyiz. Ancak, mesele, bu tutanağın toplantıda bulunan kat malikleri yerine divan üyeleri tarafından imzalanması noktasında ortaya çıkmaktadır.

Belirtelim ki, şayet toplantıda bulunanların hepsi de oybirliği halinde divan heyetine söz konusu yetkiyi verilerse, şüphesiz ki, genel hükümler (temsil veya vekalet düzenlemeleri) devreye girecek ve konuya ilişkin herhangi bir hukuki sıkıntı yaşanmayacaktır. Ancak, önemle ifade edilmelidir ki, daha toplantının başında bu işlem yapıldığından, divana oybirliği ile yetki verildikten sonra toplantıya katılanlar olursa ve onların da bu hususta olumlu irade beyanları temin edilmezse, toplantının sonunda divan heyetinin toplantı tutanağını imzalaması problem olmaya devam edecektir. Yukarıda işaret olunduğu gibi, uygulama, divana toplantı tutanağını imzalama yetkisinin daha işin başında oyçokluğu yeterli görülerek verilmesi tarzında sürüp gitmektedir.

Söz konusu uygulama, Kat Mülkiyeti Kanununa yabancı olduğu gibi, yukarıda gösterilen gerekçeler ışığında kurul kararının geçersizliği gibi olumsuz bir sonuç da doğuracaktır. Zira, açıklandığı üzere, kat malikleri kurulu kararları yazılı şekle tabidir ve hiç olmazsa kararların alelade bir kağıda yazılıp toplantıdaki tüm kat malikleri tarafından imzalanması kesinlikle geçerlilik şeklindedir.

Yukarıda değinildiği üzere, kat malikleri kurulunun nasıl yönetileceği hususu, Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenmemiş, bu konu uygulamaya bırakılmıştır. Açık ki, Kanunun bu tutumu uygun olmamıştır. Kat malikleri kurulunun nasıl ve kim tarafından yönetileceği hususu kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmalıydı. Bu konuda,

³ Bkz., Y5HD., 18.5.1970, 2404/2827, Arpacı, anılan eser, s. 131-132 ve orada gösterilen eser; ayrıca Arpacı, aynı eser, s. 131.

kanun boşluğu mevcuttur. İsviçre Medeni Kanunu ise, konuya ilişkin açık bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten ZGB. 712n/I hükmüne göre, kat malikleri kurulu, eğer bu kurulca başka türlü karar verilmemişse, yönetici tarafından toplantıya çağrılacak ve yönetilecektir⁴. İsviçre Medeni Kanununda kat malikleri kurulu kararlarının bir tutanağa geçirileceği ve bu tutanağın yönetici yahut toplantı başkanlığını yürüten kimse tarafından saklanacağı da yazılıdır. (ZGB. 712n/II). Bizde ise, Kanun, açıklandığı üzere, kurul kararlarının KMK. 32/V hükmünde vasıfları gösterilen bir deftere yazılmasını ve daha da önemlisi, toplantıda bulunan bütün kat maliklerinin kararları imzalamalarını ve aykırı oy verenlerin de aykırılığın sebebini belirterek imza koymalarını istemiştir ki (KMK. 32/V), bu durum, inceleme konumuzu oluşturan hususun mesela İsviçre hukukunda bizdekinden değişik düzenlendiğini göstermektedir. Gerçekten, ZGB. 712n hükmü dolayısıyla, İsviçre açısından, kat malikleri kurulu kararlarının toplantıyı yöneten kimse tarafından tutanağa geçirilmesi ve tutanağın da keza onun tarafından imzalanması, işin böylece sonlandırılması savunulabilecektir. Yeniden ve önemle belirtelim ki, Türk Hukuku açısından bu görüş savunulamaz.

Buna karşılık, mesela dernek genel kurulunda alınan kararların toplantıyı yöneten kurul (başkanlık divanı) tarafından bir tutanağa geçirilip imzalanması yeterli görülmektedir⁵.

Öte yandan, başkanlık divanının toplantı tutanağını imzalama yetkisinin varlığı için genel kurulun bu yönde karar vermesi de anılan yazarlarca aranmış değildir. Kanaatimizce, bu görüşün sağlam bir hukuki mesnedi yoktur. Zira, konuya ilişkin MK. 79/I hükmü, sadece başkanlık divan teşkilini düzenlemiş, bu divanın tutananakları imzalama gibi bir yetkisinin bulunduğunu söylememiştir. Bu konuda daha fazla ayrıntıya girmek istemiyoruz. Zira, aksi takdirde, inceleme konumuzun sınırlarını aşmış olacağız.

Uygulamada kooperatif genel kurulu toplantılarında alınan kararlar için de başkanlık divanına toplantı tutanaklarını imzalama yetkisinin oylama ile verildiğine ve dolayısıyla divanın da tutanakları imzaladığına şahid oluyoruz. Derhal söylemeliyiz ki, kooperatiflerdeki bu uygulamanın bir nebze de olsa kanuni dayanağı mevcuttur. Şöyle ki, Koop. K. m. 47 hükmüne göre, kooperatifin bütün ortaklarının hazır olması üzerine toplantıya çağrı kurallarına uyulması aranmaksızın gerçekleştirilen toplantılarda alınan kararlar ortakların oybirliği ile seçtikleri temsilcileri tarafından dahî imzalanabilecektir. Öyleyse, bu kabil toplantılarda, başkanlık divanına da, toplantıdaki ortaklar (kooperatifin bütün ortakları) oy birliği ile kararları imzalama yetkisi verebileceklerdir⁶. Dikkat edilirse görüldü ki, bütün ortakların kendiliklerinden gerçekleştirdikleri böyle toplantılarda da, divana verilecek imza yetkisi için oybirliği gerekir. Şu halde, uygulamada Koop. K. 47 hükmünün kapsamına girmeyen toplantılar için dahi ve üstelik oyçokluğu ile de yetinmek suretiyle divanın tutanağı imzalamakla yetkili kılınması, tıpkı kat mülkiyeti ilişkisindeki uygulama gibi hukuka aykırıdır. Bu konuda

⁴ Alman hukuku için bkz.; A. Arpacı, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984, s. 189; W. Weimar, Wohnungseigentum, von A-Z, 2. Auflage, Köln 1979, s. 130.

⁵ Bu görüş için bkz; M. Dural/T. Ögüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 294.

⁶ Ayrıca bkz. A. Arpacı, Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, İstanbul 1995, s. 174.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

da daha derinlemesine incelemelere girmek istemiyoruz. Çünkü, buradaki çalışma konumuz söz konusu incelemeyi tolere edecek nitelikte değildir.

Konuya ilişkin mukayeseler bakımından bu kadarı ile yetinmek ve dolayısıyla dikkatlerin başka alanlara kaymasına engel olmak istiyoruz. Yaptığımız sınırlı mukayese ile, benzer kurullarda da, konuya ilişkin uygulamaların sağlam hukuki mesnetlerden yoksun olduğunu ortaya koymuş bulunuyoruz.

Acaba, kat malikleri kurulu toplantılarında başkanlık divanına toplantı tutanağını imzalama yetkisinin oyçokluğu ile verilmesi üzerine divanın da alınan kararları tutanağa geçirip tutanağı imzalaması halinde karşımıza çıkacak olan yaptırım nedir? Hemen söylemek isteriz ki, söz konusu yaptırım butlan, yani kesin hükümsüzlüktür. Çünkü, yukarıda gerekçeleriyle birlikte açıklandığı üzere, kat malikleri kurulu kararları yazılı sıhhat (geçerlilik) şekline tabidirler ve sıhhat şekline tabî olup da bu şekle uyulmadan yapılan bir hukuki işlemin kendini gösterecek olan hukuki akıbeti de kesin hükümsüzlükten ibarettir (BK. 11/II).

Acaba, yönetim planına konulacak bir hükümlerle, uygulamadaki yanlış gidişin hukuki zemine oturtulması mümkün müdür? Hemen ifade edelim ki, bu soruya verilmesi gerekli cevap olumsuzdur. Zira, söz konusu düzenleme, yönetim planının KMK. 28/I hükmünde gösterilen kanuni muhtevasına (yeni deyişle, yasal içeriğine) yabancıdır. Gerçekten, yönetim planı, bu hükme göre, “yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini, yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları” düzenleyecektir. Dikkat edilmiştir ki, yönetim planı, bu hüküm gereğince, ancak “yönetimle ilgili” hususları düzenleyecektir. Esasen, bu sonuca, söz konusu düzenleyici işlemin adı dolayısıyla de varılabilmektedir. Toplantıyı yönetmenin ilgili taşınmazı yönetmek sayılamayacağı orta yerdedir.

Şayet, kat mülkiyetli taşınmazların bazılarında olduğu gibi malik sayısının çokluğu sebebiyle divanın imza yetkisiyle donatılması gerekli görülüyorsa, bu konuda Kanuna müdahale edilmeli ve burada inceleme konumuzu teşkil eden hukuki problem kanun değişikliği sayesinde çözümlenmelidir. Aksi takdirde, alınan kararların geçersizliği sonucu doğacaktır.

Nihayet, kaydedelim ki, kat malikleri kurulu toplantısını yönetecek kişi veya kişilerin kim oldukları da bu bakımdan önemli değildir. Diğer bir deyişle, toplantı ister yönetici veya yönetim kurulu tarafından yönetilsin⁷, isterse toplantıyı oylama sonucu görev verilen kişi veya kişiler yönetsin, yukarıda varılan sonuçlar değişmeyecektir.

III – Sonuç

Yukarıdan beri yapılan açıklamalar da göstermiştir ki, uygulamada yapılan yanlışlar, sergilenen bilgisizlikler ve bu arada “hukuk-tanımaz” davranışlar, bazen ilgili hukuki işlemleri geçersiz kılacak derecede vahim sonuçlar doğurabilmektedir.

İncelemiş olduğumuz konuda da, bilgiçlik taslayan bazı kişiler, daha da kötüsü, bazı hukuk bilmeyen hukukçular etkili olabilmekte, kat malikleri toplantısını yöneten kişi veya kurula toplantı tutanağını imzalama yetkisi verilmesini toplantı gündemine yazıp oy çokluğu ile söz konusu yetkinin verildiğini sanarak bunun doğruluğunu savunabilmektedirler. Oysa, böyle bir uygulama, kat malikleri kurulunda alınan kararlar-

⁷ Bunun mümkün olduğuna ilişkin açıklama ve gerekçeler için, bkz. Arpacı, Yönetim, s. 189 vd.

rın geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Şayet, malik sayısının çokluğu nedeniyle toplantıya katılanların karar defterini imzalamaları güçlük arz ediyorsa, Kanuna bu noktada yasama organı müdahale etmelidir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun bugünkü şekli karşısında, söz konusu yanlış uygulama yüzünden, birçok kurul kararı geçersiz haldedir. Bir an önce bu yanlış gidişe son verilmelidir. Bunun en kestirme ve en etkili çaresi de, değinildiği üzere, kanun koyucunun meseleye el atması (teşrii müdahale) olacaktır.

KAYNAKÇA

Arpacı, Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması (6. Bası, İstanbul 2002).

Arpacı, Abdülkadir: Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları (İstanbul 1995).

Arpacı, Abdülkadir: Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim (İstanbul 1984).

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku (İstanbul 2004).

Tuhr, Andreas von (Çev.: Edege, Cevat): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Ankara 1983).

Weimar, Wilhelm: Wohnungseigentum von A-Z, (2. Bası, Köln 1979).

WEST AND EAST IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS
(AVRUPA BÜTÜNLEŞME SÜRECİNCE BATI VE DOĞU)

Prof. Dr. Manuel Bermejo CASTRILLO*

ÖZET

Bu makalede Avrupa bütünleşme sürecinde batı ve doğunun durumu, farklılıklar ve benzerlikler ortaya konularak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa, Avrupa Birliği, Avrupa bütünleşme süreci, Avrupa toplulukları, Avrupa Konseyi.

ABSTRACT

The essay contains a short discussion on the similarities and differences between the East and the West in the European integration process.

Keywords: *Europa, European Union, European integration process, European communities, the Council of Europe.*

The process of integration which began midway through the last century between various European countries has brought us, through progressive expansion, to the constitution of that complex supranational organization that we call the European Union. Nevertheless, the reality that we know today has taken on much wider dimensions than those when the union was conceived by the visionaries that first imagined the possibility of creating a common bond that would overcome the rigid framework of the territorial boundaries of the different kingdoms or states, and also regarding the ambitious ideals carried out by the founding fathers of the first European communities. And even today, as is well known, to where the boundaries of an integrated Europe should reach is the object of a lively debate.

The problem is not new. In reality, it is as old as the very concept of Europe, which has never allowed itself to be enclosed within precise and static geographic confines. Therefore, from this point of view, Europe, at least to the east, is not defined by a natural boundary that permits establishing a clear separation from Asia. In any case, the Eastern part would constitute the large continent called Eurasia. Similarly, as it seems evident that a single anthropological unit cannot be identified, there is room for a great plurality of ethnic groups and cultures. So, it would seem appropriate to conclude that if something can help us understand the essence of this idea of Europe, we need to turn to an analysis of its historical evolution.

If we go back to its origins, the term Europe is born of the myth told by Hesiod in the 8th century B.C., of the abduction of a beautiful Phoenician princess by Zeus,

* The Carlos III University of Madrid, Dean of the Faculty of Social Sciences and Law, e-mail: mbermejo@der-pu.uc3m.es

transformed into a bull. The concept began to take shape gradually in the writings of authors such as, Homer, Aeschylus or Herodotus, as a geographical term that differentiated it from Asia, although it also tended to identify itself with the presence of Greek culture, including the south of the Italian Peninsula, Sicily, the eastern and southern coast of the Iberian Peninsula, the French Riviera and the coast of Asia Minor.

It is, nevertheless, beginning with the wars between the Greeks and Persians and afterwards, with the campaigns of Alexander the Great, when the distinction between a Europe, presented as the land of liberty, because it was the home of governments founded on law and on the participation of citizens, was consolidated in contrast to Asia, where despotic political forms reigned, sustained by the oppression of the great mass of population. Here an ideological conception is born, that of the superiority of Europe in comparison to the rest of the known world, which will remain for centuries until the modern era.

The spectacular territorial expansion of Rome helps to explain that the notion of Europe, inherited from the Greeks, acquired a more purely geographical content than philosophical, absorbing other new regions incorporated into the Roman Empire, such as Hispania, Gaul, Britannia, Germania, Illyria or Thrace, with its eastern border at the Black Sea. And it is now that another event occurred that would be decisive for the future of Europe: the spread of Christianity and its later recognition as the official religion of the Empire, whose fate would be inseparably linked to the fate of the Catholic Church.

As a consequence of this identification, the religious community led by the Church would remain as the only reference capable of providing cohesion to the territories which had disintegrated after the fall of the western part of the Roman Empire. To such a point that in a world which had lost all political references of unity, the invocation of Europe would yield to another expression, that of *Res publica christiana*, which began to determine the only element that maintained some tie among the multiple and isolated entities that composed this completely fragmented Western area. In fact, there are many authors who situate the moment of becoming aware of the existence of a European reality in this spiritual community.

Now then, adopting religion as the defining element of a shared identity supposes excluding wide areas located geographically in the continental territory. In the first place, those subject to that other great confessional wave, Islam, that had extended unstoppable through the Mediterranean and had become a formidable rival and a constant threat. For example, the Iberian Peninsula, which only after eight centuries of slow advance of the different Christian kingdoms, emerging at the beginning as weak and isolated cells of resistance, would see at the end of the 15th century, the last vestiges of the Muslim presence disappear. It would, nevertheless, leave its indelible mark on important facets of the economy, society and culture.

But, also, the very crisis in the heart of the Church which began in the 8th century and culminated in the so-called Eastern schism caused a profound split in Christianity. This rupture would have an enormous significance, marking the definite separation between the Western Catholic Church and the Eastern Orthodox Church, which would maintain its unity within the framework of the still powerful Byzantine Empire.

Although, in the West there were also attempts to re-establish the old political universality built by the Roman Empire. In this vein, it is fairly frequent to seek in Charlemagne the first real predecessor to the European integration project. Nevertheless, he proclaimed himself "*rex pater Europa*" at his coronation in 800, but this title should be understood simply as a desire on his part to reaffirm his imperial supremacy over Catholic Christianity and to declare his position of equality with the Byzantine emperor. We should not forget that the Carolingian Empire outlasted its founder by only two generations, splitting in the year 843 into what would be the origin of three great European nations: France, Germany and Italy.

The vacuum created by this new disintegration would be filled by the Papacy, which would reinforce the leading role assumed by the Church. This role would not be diminished even with the appearance of a great new power, the Holy Roman Empire. Despite presenting itself as a continuation of the Carolingian tradition and reaching greater territorial dimensions than the former, ideologically its projection was reduced to a strictly Germanic scale.

These are centuries in which we would see the first confederation projects crystallize among the Christian kingdoms. This is the spirit that encouraged the following Crusades organized to liberate the Holy Places from the dominion of the Muslims. This is also true of other visionary proposals directed, in general, at strengthening Christianity in the face of external enemies, whether they were Muslims, Tartars or Turks. We would already see the appearance of proposals that foreshadow solutions that are familiar to us: an assembly where the main Christian powers were represented and where the Pope arbitrated to solve internal disputes, the creation of a high court, of an army and a common currency or the opening of internal borders to free commerce are ideas of even a federal nature that began to be formulated and to be repeated in predecessors like Dante, Pierre Dubois, Antoine Marini or the king of Bohemia, Jiri Podiebrady.

Thus, we come to the end of the Middle Ages in which the idea of Europe, lacking a political shape, had become diluted as contrasted with the absolute predominance of a spiritual conception, that of Christianity, which was directly related to the absolutely theocratic character that inundated the social structures, the mentality and the schools of thought. Although this did not impede the progressive assimilation within the common patrimony of other foreign elements, coming from civilizations like the Celtic, the Scandinavian, the Slavic or the Islamic, which made their influence felt, first through contact established in peripheral regions, or for example, in the case of the Normans, as a way of deactivating their devastating attacks, and later through the incorporation, some times territorial and other times only cultural, of ample territories of Baltic and Central Europe.

The efficacy of the integrated model provided by Christian universalism would, nevertheless, enter into a profound and definite crisis with the arrival of modernity. In the first place, the winds of change brought by Humanism expelled God from his centrality, recovering the lost prominence of man and humanity which dominated in Greek and Latin Classicism. The individual, laicism and rationality triumphed over the dictatorship of the divine, of theology and of the clergy.

To this revolution, we must add the disintegrating effect of the breakdown in religious unity as a consequence of the Protestant Reformation that would transform the former Catholic uniformity of the western European map into a plurality of denominations. Only after a long and convulsive period of hostility, exclusion and violence did the possibility of coexistence and tolerance begin to take hold, but with enormous difficulty. On the other hand, the progressive spread of Christianity due to the discovery and colonization of territories located on other continents, above all in America, but also in Asia, made it evident that Europe and Christianity could no longer be confused.

It is not surprising, then, that faced with the changes occurring, the idea of Europe, dormant for centuries, reappeared with extraordinary vitality thanks to such prestigious quills as those of Eneas Silvio Piccolomini, later Pius II, Erasmus of Rotterdam, with their vision of a great European federation founded on the cultural identity of its peoples, or Machiavelli, theoretician of the doctrine of balance between the nation-states. It is with Machiavelli that old Eurocentric superiority complex returned with all its strength, based on the supposed supremacy of European history, civilization and political organization in comparison to the rest of the world. Although, there was no lack of other opposite points of view, like those of Sir Thomas More, with his *Utopia*, or those of Las Casas, Montaigne or, later, Rousseau, who sought in imaginary societies or in the primitive state in which the populations of the new colonized continents lived the purity and virtues lost by the European societies now subjected to the supreme and harmful principle of the Reason of State.

Precisely, the success of this new organizing principle brought about the substitution of a new plural reality for the old political aspiration of universality. A new reality that began to accommodate a mixture of national characters, where different religious conceptions, monarchical regimes, whether hereditary or elected, and republican regimes, trends toward absolutism and the conquest of novel and valuable liberties, residual elements of feudalism and the development of capitalistic relations fit in and coexisted.

This coexistence was also carried to the political terrain with the Peace of Westphalia of 1648, which put an end to the Thirty Years War and established a balance agreed to by the great powers, based on the recognition of the sovereign states, each with its own religion, and the proposal to avoid hegemony on the part of any of them. Although ambitious federal projects continued to be drawn up, like the Grand Dessein of the Duke of Sully, or the assemblies of the nations proposed by Emeric Crucé, Hugo Grocio or William Penn, there was no real intention of integrating. They were simply a search for instruments that would aid in maintaining the *status quo* based on this balance.

Nonetheless, this Europe, identified itself more and more with the west. The fall in 1453 of Constantinople, from then on Istanbul, magnified the threat of a fearsome adversary, which acted as an essential counterpoint in which to search for its own affirmation. Nevertheless, this would not be an obstacle for countries with such political weight like France who preferred the Ottoman Empire as a tactical ally against the dangerous aspirations of the Habsburgs to lead a great coalition of Christianity, newly

reunited, in their struggle against the Turks. It is, however, true that the extension of the Turkish influence in the area of the Balkans would determine the segregation of these areas, including Greece, from the orbit of the concept of Europe.

Similarly, the far off, unknown and mysterious Russian giant did not fit either. It is, therefore, for example, the only among the European countries excluded from the Council of Europe conceived by Sully. Though, when at the beginning of the 18th century Peter the Great began the Europeanization of Russia and its conversion into a new great power implicated in the international political scene, things would begin to change.

The path opened by all these new trends that converged at a moment of transition toward modernity would continue later thanks to the boost of trends such as rationalism, empiricism, the first signs of economic liberalism or the Enlightenment, which favored a growing awareness of the meaning of being European.

However, the advances of laicism, the unbreakable faith in progress and the progressive recognition of individual rights could not hide the hard reality of a situation of permanent conflict that began to be seen as inseparably linked to the precarious stability of a system based on the plurality of nation states in constant struggle to impose their supremacy. The necessity and desire of ending the intolerable bloodletting of wars would gain more and more supporters, especially from the conviction expressed by authors such as Voltaire, Madame de Staël or Goethe, that a bond of historical, political and cultural identity existed among the European countries eternally in conflict. For this reason, proposals directed toward the creation of a great confederation of countries, capable of assuring lasting peace among the European nations, proliferated. Among these, the project presented by the abbot of Saint Pierre, which would serve as a guide in the negotiations leading to the Peace of Utrecht of 1713, and would later be worthy of two essays by Rousseau to spread and examine it, or Kant's beautiful work *Perpetual Peace*, which among other thought-provoking contributions, included for the first time the idea that member states participate in the same form of government, which he described as a representative republic close to the English political model.

The serious upheaval caused in the scenario of balance between the powers born of the Peace of Westphalia, by the Napoleonic campaigns and his attempt to transform Europe into a unified monarchy by conquest, sparked two reactions, to a certain extent contradictory. On the one hand, the great victorious nations England, Prussia, Austria and now also Russia, would try to re-establish the old order with the establishment of a type of European Directory, which materialized in the Congress of Vienna in 1815. France soon joined this group, under the bond of a sacred alliance committed to the preservation of territorial limits and legitimate political regimes, that is, monarchies in force in each one of the European states. And they did not hesitate to intervene politically or militarily in those places where revolutionary outbreaks threatened to alter or overthrow them. On the other hand, they encouraged the appearance of nationalist sentiment, which in some cases would exert an integrating force (Germany and Italy), and in others would lead to independence movements (Greece, Belgium, Poland) or to intolerable internal tensions (Ireland and, above all, the Austro-Hungarian Empire), which in a few decades would induce Europe to a terrible disaster.

Built on very weak legal and political foundations, the solution of the Directory proved to be of an ephemeral efficacy. Therefore, while the interests of its members were not affected, the instrument of the international conferences served to resolve conflicts such as the split of Belgium from the Netherlands (London, 1830), admitting the Ottoman Empire into the European scene (Paris, 1856), ending the war of the Balkans (Berlin, 1878) or carrying out a shameful colonial distribution of Africa (Berlin, 1885). What is more, this mechanism of control came to be translated into military interventions in places like Crete, Macedonia and also China. But, when rivalry festered among the great powers, nothing could stop the military spiral that ended in the First World War.

Notwithstanding, parallel to this option marked by conservatism and oriented toward safeguarding the traditional powers with the appearance of a cooperation pact between governments, the idea of a pacific organization of the European states, where unity would be conciliated preserving the special characteristics of each nation, was developing. It was with this tendency that Manzini, hero of Italian unification, Schiller or Novalis aligned themselves. Taking the new and attractive federal system set into motion by the recently emancipated colonies of North America as a model, the idea of creating the United States of Europe was beginning to take shape. The Italian patriot Carlo Cattaneo, inspirer of the Swiss federal Constitution of 1848, was the illustrious defender and the great Victor Hugo its famous spokesman. But among its many supporters, a common note could always be observed: the restriction of its boundaries to a reduced group of states. For Saint-Simon, author of the best construed project, the crux of that federal macro-state should revolve around France, Great Britain and Germany. Auguste Comte imagined a western European Republic formed by France, Germany, the United Kingdom, Spain and Italy, to which other countries like Greece, Portugal, the Netherlands, Belgium, and the Scandinavian nations would join as associate countries. Already in 1900 Leroy-Beaulieu proposed a confederation designed to resist the Russian danger, from which the United Kingdom would be excluded because of the importance of its extra-European interests.

It is evident then that the main nucleus of the Europe conceived by those who theorized on its integration in a community of states was formed by France, always as its center, by Germany, the United Kingdom and Italy in the majority of the projects, and occasionally by Spain. In other words, the old idea that the "European Europe" was only Western Europe was still completely in force. Paradoxically, France has historically been and will continue to be in the future, the country which has placed more political and cultural obstacles in the path toward its construction.

Obviously, the multitude of calls for harmony by pacifists and federalists among the bellicose European nations fell on deaf ears in the face of the magnitude of the appetites, egoism and rivalry of their governments. This fanned the flames of militarism and imperialism at the same time that it resulted in a pernicious spiritual impoverishment. For this reason, it would only take a simple incident, set within the local conflict between the Balkan peoples to spark the fire that would rapidly propagate and devastate the entire continent.

The consequences of the war were catastrophic. The loss of human life and material damages were without precedent. This generated a general consensus on the pressing need to arbitrate the necessary measures to assure that a similar drama would never be repeated. The problem was that, far from calming the international situation, the solutions adopted in the peace conferences only served to worsen it. Without a doubt, the worst of these were the exclusion of the defeated countries from the negotiations, the important reduction in territory that above all Austria, Hungary, Bulgaria and the Ottoman Empire were subjected to, the attribution of the responsibility for the war to Germany coupled with the enormous financial reparations, and the artificial creation of new states such as Czechoslovakia and Yugoslavia, whose explosive ethnic, cultural and even religious heterogeneity would, as we sadly know, end up exploding.

Neither would the creation of a great international organization, the League of Nations, founded with the aim of offering all states mutual guarantees of political independence and territorial integrity, offer any progress toward peaceful coexistence. Since the United States had not joined and the Soviet Union, as with Turkey, had been excluded initially, the organization became a simple instrument dominated by France and the United Kingdom, who attempted to resurrect through it the old Directory of powers.

Moreover, the climate of pessimism, already anticipated by authors such as Burckhardt or Nietzsche, and the profound crisis of values that followed the war, fed a progressive awareness, clearly reflected in the intellectual and artistic circles of the era, of what Oswald Spengler would describe as the *Decline of the West*. This negativity was born of the evident pressure exerted by the new emerging powers, above all the United States, that for the first time in many years, were threatening the political, economic, and scientific hegemony of Europe, ousting it from its central position in the international scene.

It was precisely this loss of confidence and fear that Europe would be relegated to a secondary role in the world which explained the success that the Pan-Europa movement, founded and led by the Austrian Count Richard Coudenhove-Kalergi, would have in the period between wars. The difference with the previous little realistic dreams is that it was no longer a simple aspiration to establish a new order in an undefined future, but a proposal to promote a direct and immediate political action designed to impede the decline of Europe in the face of the emergence of world powers like the United States, to whom the leadership of a parallel Pan-America was attributed, the British Empire, the Soviet Union, of whom its consolidation as a giant and threatening power was foretold, China and Japan. And to fulfill this objective, he preached the creation of a union of states, Pan-Europa, with a federal organization, from which the United Kingdom, because of its colonial empire, and once again the Soviet Union and Turkey were excluded.

Nonetheless, in spite of achieving the support of numerous political and cultural personalities, the viability of his project would come face to face with the crude reality of a spectacular world financial crisis, a renewed peak in nationalism and the arrival on the scene of authoritarian regimes which would inevitably push toward a new universal conflict of colossal proportions and with consequences even more devastating

than the previous. The same causes that, together with renouncing to claim the cession of portions of sovereignty on the part of the states and its insertion in the narrow and inefficient framework of the League of Nations, explain the complete failure of the first, ambiguous proposal of federal integration launched by a serving French politician, Aristide Briand, with the enthusiastic support of the German Chancellor Gustav Stresemann.

The intolerable consequences of the war breathed new life into the general conviction, developed during the course of the war, that Europe could not overcome a similar conflict in the future. Additionally, the Yalta and Potsdam peace conferences had made it quite clear that Europe had not only been passed over by the great powers, but also ran the risk of no longer being the owner of its own destiny. The division of the world into two great blocks hung over the continent, marking a new boundary whose limits were not defined by geographical, historical or cultural factors, but by the existence of two totally opposite ideological conceptions prepared to extend their respective spheres of influence. The impossibility of an understanding between both superpowers was consummated by the refusal of the Soviets and the satellite countries to participate in the benefits of the Marshall Plan. This Plan, which was not a disinterested interference by the United States, eager to contain the Soviet danger and rid themselves of the production surplus of their powerful industry, but also decisive in the economic recovery of the western countries, and the following inauguration of a long period of cold war, would make it essential to forget old enemies and set in motion a process of reconciliation, which some wanted as mere cooperation among governments and others a true supranational integration.

The undisguised hostility with which France contemplated the British and American efforts to incorporate the recently created German Federal Republic into the western block seemed to direct the responsibility for promoting the building of Europe to the London-Paris axis. Nevertheless, still hanging onto its great imperial past and the strength of its tie with the Commonwealth countries, the United Kingdom, by the mouth of Churchill, would soon make it very clear that it did not believe in a federal future and that it preferred to go it alone.

Therefore, pressured by the desire of the United States to avoid the danger of a strategically important country falling, such as its split off eastern sister, under the Soviet sphere of influence, and overcoming its misgivings, France found itself with the necessity of building bridges of cooperation with West Germany. Then, France renounced its control over the Saar basin and proposed the creation of a common authority over the production of coal and iron in its bordering regions, to which the countries of the Benelux and Italy would join. This gave rise to the birth of the first European Community, the CECA, formed precisely by those countries which had been traditionally considered to be the heart of Europe. In any case, it is important to underscore the decisive role in this achievement of a series of important personages (Monnet, Schuman, Adenauer, Spaak, De Gasperi) who believed in this ambitious enterprise and knew how to make it a reality despite the enormous difficulties.

The following is the history of what we now call the European Union, of which here only the successive expansions are of interest to us. With the first very difficult

one, the bitter opposition of the French president De Gaulle to the entry of the United Kingdom had to be overcome. It was a United Kingdom which had accepted, albeit traumatically, the impossibility of maintaining its former prominence acting alone or in conjunction with a Commonwealth submerged in a serious crisis, who decided to go knocking at the doors of the European Community, thus breaking its isolation. The United Kingdom suffered two vetoes, justified by the old argument of its insular character, its idiosyncrasies and its strong links to other countries outside Europe, especially the United States, always ready to intervene in European matters. They would have to wait until the disappearance from the political scene of the charismatic general to be admitted in 1972, along with two other countries, Ireland and Denmark, closely tied to their sphere of economic interests.

Norway remained outside at the last moment because of the negative results of a very close popular referendum, which caused a great commotion. Other countries such as Greece, Portugal or Spain, who presented its first application in 1962, were not admitted either. They were rejected for not complying with a condition that, along with the economic viability of the integration, became the essential requirement for any candidate: the existence of a democratic political regime and the recognition and practice of a series of principles and freedoms considered inexcusable. Only with the disappearance of the dictatorships in force in these three countries, would the way be opened for the start of negotiations for membership. These negotiations culminated in 1981 with the entrance of Greece, finally accepted in the heart of Europe after having been excluded for centuries, while Portugal and Spain entered in 1986, almost eight years after initiating negotiations and under extremely harsh conditions.

Meanwhile, the European Community had been obligated to reflect on its own nature and to identify its defining traits in the face of the attack of the Nixon administration, who, through the Secretary of State Henry Kissinger, proposed a review of the functioning of NATO and defended openly the intervention of the United States in the internal politics of the Community, arguing that Europe had been reduced to the role of a simple regional power in the international geopolitical panorama. The European answer was contained in the so-called Declaration of European Identity, agreed upon in the Copenhagen Conference on December 14, 1974. Here, Europe not only asserted its importance in the world scene, but also proclaimed that its common identity was based on a political, moral and legal patrimony and the defense of some essential principles: representative democracy, the rule of law, social justice and respect for human rights.

So, from this point on, the limits of the European Community could not be determined by historical, cultural or religious criteria, but suitability to a series of basic political and legal principles. These guidelines were ratified by article 49 of the Treaty of the European Union of 1992 upon establishing that for any country to become a member, the applicant would have to respect the principles stated in article 6 of the same treaty: liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and a state ruled by law.

In addition to this general requirement, the candidate country would also have to fulfill a series of criteria established in the European Council of Copenhagen in

1992 and completed in the European Council of Madrid in 1993. They are the following:

-political: the stability of the institutions that guarantee that the political system is democratic, the establishment of the rule of law, respect for human rights and respect and protection of minorities.

-economic: the existence of a viable market economy and the capacity to meet the pressure of competition and the forces of the market present in the heart of the Economy Union and the Monetary Union.

-institutional: the capacity to assume member obligations derived from the law and policies of the European Union, including adherence to the objectives of political, economic and monetary union and to have created the conditions for integration through adapting administrative structures.

The elevated demands proposed by these conditions did not present great problems in the fourth expansion, which meant the incorporation in 1995 of Austria, Sweden and Finland. But they did pose an extraordinary challenge when the new wave of applicants for admission affected a large group of countries from Central and Eastern Europe which had formed a part of the Soviet block, together with the Mediterranean micro-states of Cyprus and Malta and a Turkey of fairly special characteristics, whose integration offered additional difficulties and until now has only been accepted as a candidate state. And we should not forget the automatic entrance of the German Democratic Republic, through a reunification also wrought with difficulties.

The extraordinary historical importance of the expansions which took place in the years 2004 and 2007 is undoubted, since aside from supposing doubling the number of members, and providing several of the admitted members the possibility of finally, after centuries, being able to decide about their own destiny freely, for the first time, it meant that the process of integration could be European and not only Western European and that the Union can no longer function the same way and that a number of things must change.

The main problem lies in the fact that the previous expansions had had as their object countries with an economic, political and legal situation similar to that of the founding states, or poorer countries, but with a reduced size and population, with exception, perhaps of Portugal, and above all Spain, which despite having an important territory and population, had a per capita income slightly lower than that of the Community, although very superior to that of the majority of the countries which have entered now. But the heterogeneity of these, the considerable demographic and territorial growth (29% and 34% respectively) which the expansion has produced and, especially, the enormous distance that exists between the economic indicators of many of them and the Community average (they only contribute a rise of 9% in the GDP and their *per capita* income reached 34%, with a maximum of 59% in Slovenia), makes the success of this complicated operation depend to a great extent on the very Union and on the degree of solidarity that it shows implementing cohesion formulas to help these countries carry out their transition.

Furthermore, this great expansion has transformed the European Union into something much more complex than an interior market. With it, the creation of an

extensive area of prosperity and security in the European continent is sought, which will convert the European Union in one of the outstanding players on the international scene, positioning it on the same plane with the United States and other great political and economic powers. Although, in light of the latest events, there are many voices who predict that it is having precisely the opposite effect, that is to say, a strengthening of the American presence in European politics. In any case, we must admit that, as a group, these countries have taken the road to a liberal parliamentary democracy in a satisfactorily rapid and complete manner. But, it has also been argued that this expansion carries with it an evident risk of dispersion or, even of paralysis of the dynamics of integration, which will obviously demand an immense effort of modernization and, to a certain extent, of westernization of the structures and infrastructures of the new members and the generosity and vision of the future on the part of the more developed members.

In this sense, in spite of the elevated repercussions that the indispensable aid to these countries will have on the Community budgets and the fear that the opening to free movement by workers arouses, it must be taken into account that these uncertainties can be amply compensated by other advantages. So, the expansion is offering unsurpassable opportunities for private investment in countries needing an injection of external capital and importing or returning highly qualified personnel. This can, without a doubt, provide a strong impulse for economic growth, both for the recently admitted, who will benefit from these investments, and for the old members, who will find other markets for their products. Nevertheless, these dynamics entail dangers that demand measures designed to avoid a polarization of wealth that, added to the risks of free competition and the always threatening phantom of unemployment, could widen the economic division between the old and the new states or between more prosperous and underprivileged regions.

The worry generated among the fifteen existing members over the magnitude and the possible consequences of this last expansion, although in aspects like the fear of losing guarantees of security due to the transfer of the eastern boundaries to much more conflictive zones or the prediction of an increase in immigration or a massive influx of cheap labor have, until now, proven unfounded, was undoubtedly a decisive factor in the failure in 2005 of the draft of the Constitution of the European Union. For this reason, it is not very likely that the integration of countries still characterized for their instability, such as Russia, the Ukraine or the others from the disintegration of the former Yugoslavia, except Slovenia, already admitted in 2004 and, perhaps Croatia and Bosnia, are possible in the short or medium term.

Naturally, the case of Turkey deserves a special mention. Despite the fact that a part of its territory is geographically in Asia, this country has always participated in European history and politics, and in fact, the organs of decision in the Community have repeatedly confirmed its eligibility. In fact, today it is the most important neighbor for the European Union, with which it maintains ties through the Association Agreement of Ankara of 1963. Turkey has also been a member of both NATO and the Council of Europe for a long time and has experienced an evident process of drawing closer culturally, which has been accompanied by a noted increase in political and

economic relations, to such a point that the European Union is presently its largest commercial associate.

In these circumstances, its aspiration to membership is absolutely founded. Its first application was made in 1968, and an Agreement of Customs Union has been in effect since 1995, which was understood as an economic precursor to integration. And also working in its favor is that it is an exceptional example of lay democracy within a country with a very ample Muslim majority and that its geo-strategic importance has been reinforced due to the disintegration of the USSR, from which emerged states with whom it maintains strong ethnic and cultural ties.

Nonetheless, the slowness in the progress of this process and the repeated postponements are causing a feeling of frustration and even a slight decrease in support from the Turkish population for integration. This in spite of the fact that the European Commission has stated in recent declarations that Turkey meets sufficiently well the political criteria of Copenhagen and that it has experienced substantial advances, especially in the profound constitutional and legislative changes made, as well as working in the direction of a viable market economy.

The reasons given for these successive delays with which the Turkish government is confronted continue to be the persistence of certain doubts about the compliance with rights and freedoms, despite having abolished the death penalty in 2004, the existence of conflictive aspects of its foreign policy, especially regarding the question of Cyprus, the problem of the Kurdish population and the difficult relationship with Greece, and other economic factors linked to problems with inflation, public debt, monetary devaluation, a low index of industrialization and regional inequality. But, the influence that the pressure exerted by certain member countries, with a strong Turkish immigrant presence, fearful of an avalanche of labor force or the opposition of the Christian democratic parties to the admission of a country with an Islamic majority, which would contradict the supposed religious homogeneity that was at the root of the historic process which led to the European Union, cannot be disdained. On the contrary, the Mediterranean countries, among them Spain and with the exception of France, where opinions are divided, have tended to support an integration from which they hope to experience beneficial results.

In conclusion, it certainly seems unquestionable that the Turkish government is making an important effort directed at overcoming these political and economic objections, and that other justifications of the rejection based on historical, ethnic or religious criteria can no longer fit into a globalized world and in current multicultural societies.

BIBLIOGRAPHY

Barón, E., *Europa en el alba del milenio*, Madrid, 1999.

Brugmans, *L'idée européenne 1920-1970*, Bruges, 1970.

Chabod, F., *Storia dell'idea d'Europa*, Roma, 1977.

Dinan, D., *Europe recast: a history of European Union*, Hampshire, 2004.

Entender la ampliación: la política de ampliación de la Unión Europea. Luxemburg, 2007.

Essen, S., <<El lugar de Turquía en la ampliación de la Unión Europea>>, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 17 (2006), 59-78.

Fritzemeyer, W., *Christenheit und Europa. Geschichte des europäischen Gemeinschaftsgefühls von Dante bis Leibniz*, München/Berlin, 1931.

Gasteyger, C., *Europe from division to unification*, Bonn, 2006.

Gruter, E., *L'idée européenne*, Paris, 1971.

Heather, D., *Enlarging the EU Eastwards*, London, 1998.

Heather, D., *The EU's transformative power: Europeanization through conditionality in Central and Eastern Europe*, Houdmills, Basingtoke, 2006.

Kaiser, W., *European Union enlargement: a comparative history*, London, 2005.

La ampliación de la Unión Europea al Este de Europa. Informe del Comissariat Générale du Plan a la Asamblea francesa, Barcelona, 1999.

McCormick, J., *Understanding the European Union. A concise introduction*, Houdmills, Basingtoke, 2006.

Martín de la Guardia: *La ampliación de la EU al este: Viejas historias, nuevas regiones*, Logroño, 2006.

Monleón J., (ed.) *Europa como cultura*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid; BOE, 2000.

Pozzoli, F.; Galli, G., *Europa la più nobile, la più bella*", Milano, 1999.

Truyol, A., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, Madrid, 1999.

Urwin, D.W., *The community of Europe: a history of European integration since 1940*, 3er. ed., London, 2007.

Zorgbibe, Ch., *Histoire de la construction européenne*, Paris, 1993.

**MEDENİ KANUNUN KADININ SOYADINA İLİŞKİN HÜKMÜNÜN AİHS,
ANAYASA, CEDAW VE MÖHUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
(*EVALUATION OF THE PROVISION OF CIVIL CODE CONCERNING THE SURNAME OF
THE WOMEN UNDER ECHR, CONSTITUTION, CEDAW AND PİLA*)

Prof. Dr. Nuray EKŞİ*

ÖZET

Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinde yer alan ve kadına kocasının soyadını kullanma zorunluluğu getiren hüküm, sürekli eleştirilmesine rağmen halen değiştirilmemiştir. Üstelik bu hükmün emredici nitelikte olduğu kabul edildiğinden eşlerin aksini kararlaştırmaları da kabul edilmemektedir. Çalışmamızda, Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu hususunda tereddüt olmayan MK'nın 187. maddesine yapılan eleştirilere yer verildikten sonra konuya ilişkin ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların yanı sıra Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararları incelenmiştir. Daha sonra Medenî Kanunun kadının soyadına ilişkin hükmü, Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kadının soyadı, CEDAW, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

Despite strong and permanent critics in Turkish legal doctrine against Article 187 of the Turkish Civil Code which oblige the woman to use her husband surname, no amendment has been made yet. Moreover, as Article 187 is accepted as a mandatory rule, the spouses cannot make an agreement contrary to this provision. In this work, critics forwarded against Article 187 of the Turkish Civil Code which is no doubt contrary to Article 10 of the Constitution is examined and the judgments of the courts of first instance, Court of Cassation and Constitutional Court concerning the surname of the women will be examined. Thereafter, the provision of the Turkish Civil Code relating to surname of the woman will be evaluated in accordance with the Constitution, the European Convention on Human Rights and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

Keywords: *Surname of the woman, CEDAW, The European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Turkish Civil Code, Turkish Constitutional Court.*

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, e-posta: nurayeksi@gmail.com

I. Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümleri

Erkek ve kadına eşit haklar verme eğilimini yansıtan uluslararası düzenlemeler, evlilikte kişilerin onuruna saygı gösterilmesine öncelik verilmesi amacıyla ulusal yasama organının takdir yetkisini sınırlamaktadırlar¹. Uluslararası düzenlemelerle kadın ve erkek arasında eşitlik sağlama çabalarına rağmen ulusal hukuklarda eşitliğin tam olarak gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Her ne kadar kadın erkek arasında eşitlik sağlanması temel amaç ise de, zorunlu ve objektif sebeplerin bulunması halinde, kadın ve erkeğe farklı hakların tanınabileceği kabul edilmektedir. Üstelik AİHM de objektif ve haklı sebeplerin zorunlu kıldığı durumlarda cinsiyet ayrımının yapılabileceğini vurgulamıştır².

Mülga 743 sayılı Medenî Kanun döneminde, kadın kocasının soyadını alıyordu. Mülga Medenî Kanun'un 153. maddesinde 1997 yılında yapılan değişiklikle bu esas terk edilerek biraz daha liberal bir yaklaşım tercih edilmiştir. Bu liberal yaklaşım 4721 sayılı Medenî Kanun'un 187. maddesi ile muhafaza edilmiştir. Bu maddede, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı ile birlikte kendi soyadını kullanmak istediğini bildirebileceği öngörülmüştür. 4721 sayılı Medenî Kanun'un 187. maddesi, kadının zorunlu olarak "aile adı" almasını öngörmektedir. 4721 sayılı Medenî Kanun'un 321. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, 187. maddenin aile içinde "ad birliğinin" sağlanması amacına hizmet ettiğini söylemek mümkündür³. Kocanın soyadının, ailenin soyadı olarak kabul edilmesinin ihtiyaca ve alışılmış değerlere dayandığı; bu düzenleme ile kanunkoyucunun, eşin ve çocuğun dış âleme tek soyadı ile çıkmasına önem verdiğini gösterdiği ifade edilmektedir⁴. Kadının, kocasının soyadını almasında geleneklerimizin de etkin rol oynadığı belirtilmiştir⁵.

II. Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümüne Karşı Yapılan Eleştiriler

Kadının, kocasının soyadını kullanma zorunluluğu olmasına rağmen aynı zorunluluk erkek için bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, erkeğin evlenmesi onun soyadı açısından farklı bir sonuç doğurmazken, kadının soyadının değişmesi veya mevcut soyadına yeni bir soyadının eklenmesi söz konusu olmaktadır. Türk doktrininde, Medenî Kanun'daki düzenlemenin kadın erkek eşitliğini bozduğu; eşlerin evlenmeden önce aralarında anlaşarak kadının soyadının aile soyadı olarak alınmasını yasakladığı; oysa eşlere evlenme aktinden önce anlaşarak kadının soyadını, aile soyadı olarak kullanma hakkının verilmesi gerektiği; bu yönde yapılacak bir düzenlemenin çağdaş gelişmelere

¹ İbrahim Ö KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, 6. bası, Ankara 2002, s. 295.

² Nuray EKŞİ, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, İstanbul 2008, s. 45-46.

³ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)*, İstanbul 2008, s. 23.

⁴ Bilge ÖZTAN, *Aile Hukuku*, 5. bası, Ankara 2004, s. 162.

⁵ Turgut AKINTÜRK, *Medenî Kanun Tasarısında Kadın Erkek Eşitliği*, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 77.

daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁶. Hatta eşlerin doğumla kazandıkları soyadlarını kullanmakta serbest olmaları gerektiği; eşlerin doğumla kazandıkları soyadlarını kullanmaya devam etmek istememeleri halinde erkeğin ya da kadının soyadını, ailenin ortak adı olarak karşılıklı anlaşmayla seçebilecekleri; seçim yapılmaması halinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alması önerisi yapılmıştır⁷.

Kişinin adı üzerindeki hakkının, kişilik hakkının bir parçası olduğu ifade edilmiştir⁸. Medenî Kanun'un 187. maddesindeki düzenleme, kadının ismi üzerindeki hakkını, daha genel bir ifadeyle kadının kişilik hakkını önemli bir sınırlamaya tabi tutmaktadır. "İsim bakımından kadın ile erkek arasında yapılan bu ayırıcılık herhangi bir haklı ve makul sebebe dayanmamaktadır. Bu ayırım, Anayasa Mahkemesi'nin hareket noktası olan, aile birliğinin korunması düşüncesine de dayandırılmaz. Aile birliğinin korunması, cinsiyet ayırımı güdülerek, sadece taraflardan birinin kişilik hakkı önemli ölçüde sınırlandırılmak suretiyle sağlanamaz. Cinsiyet ayırımı güdülerek, sadece bir tarafın kişilik hakkının sınırlandırılması yoluyla sağlıklı bir aile yapısının sağlanması mümkün değildir"⁹.

Ataerkil ideolojinin bir kalıntısı olan MK'nın 187. maddesinin, kadın erkek eşitliği ilkesine saygılı bir şekilde değiştirilmesi gerektiğini ifade eden *Serozan*, kadının evlenmeden önceki soyadını kayıtsız korumasına; kadının evlenmeden önceki soyadının aile adı olarak seçilmesine; erkeğin buna yanaşmaması halinde her iki eşin kendi soyadlarını kullanmaya devam etmesine ilişkin bir yasal düzenlenmenin yapılmasını önermiştir¹⁰.

Özdamar, kocaya ayrıcalık ve öncelik tanıyan MK'nın 187. maddesinin sakıncalarını ortadan kaldırmak için, evlendirme memuruna yapılacak bir beyan ile evlilik adı olarak kadının doğum adının seçilebilmesi; eğer evlilik akdi esnasında beyan yapılmamışsa her iki eşin kendi doğum adlarının birleşmesinden meydana gelen bir ismi evlilik ismi olarak kullanmasına yönelik bir düzenlemenin yapılmasını önermiştir¹¹.

Türk doktrininde hakim olan görüş, MK'nın 187. maddesinin değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır¹². Hatta yapılan eleştiriler doğrultusunda 187. maddesinin değiştirilmesi için bir kanun teklifi hazırlanmıştır. Ancak bu teklif hayata geçirilememiştir.

⁶ Nazan MOROĞLU, *Kadının Soyadı*, İstanbul 1999, s. 147; Lale SİRMEN, *Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular, Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara 2000, s. 86.

⁷ Nazan MOROĞLU, *Medenî Yasaya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri*, 79(2005)5 İBD, s. 1509-1510.

⁸ Haluk N. NOMER, *Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı*, (2002)2 MHB Ergin Nomer'e Armağan, s. 447.

⁹ NOMER, 447.

¹⁰ Rona SEROZAN, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İstanbul 2011, s. 430.

¹¹ Demet ÖZDAMAR, *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu (Eski-Yeni Türk Medenî Kanunu Karşılaştırmalı)*, Ankara 2002, s. 272.

¹² Türk doktrininde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız ABİK, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Ankara 2005, s. 93-100.

Doktrinde Medenî Kanun'un 187. maddesine yapılan eleştirilere karşın, 187. maddedeki düzenlemenin yerinde olduğunu savunanlar da bulunmaktadır¹³. Üstelik Anayasa Mahkemesi, Medenî Kanun'un 187. maddesi ile aynı içeriğe sahip mülgâ Medenî Kanun'un 153. maddesini Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹⁴.

III. Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün Anayasaya Aykırı Olup Olmadığı Meselesi

Evlenerek kocasının soyadını alan kadının, evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak için açtığı davada, mahkeme, 743 sayılı Medenî Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasının Anayasaya aykırılık savını ciddi bularak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur¹⁵. Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir¹⁶.

Medenî Kanunun, 4248 sayılı Kanunla değişik 153. maddesinin ilk fıkrasında, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı hükme bağlanmış, ancak kadının evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile "önceki soyadını", kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği öngörülmüştür. Böylece, kadın, ilke olarak, evlenmekle kocasının soyadını almakta, ancak, dilerse evlenmeden önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek veya kocasının ölümünden veya boşanmasından sonra ikinci kez evlenirse, önceki kocasının soyadını yeni kocasının soyadı ile birlikte kullanabilme olanağına sahip olmaktadır. Fıkranın son cümlesine göre de bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilecektir¹⁷.

Anayasa Mahkemesine göre, kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasakoyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Bu nedenle, Medenî Kanun'un 153. maddesinde yer alan "kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır" kuralı, Anayasa'nın 10., 12. ve 17. maddelerine aykırı değildir. Anayasa Mahkemesi, bu sonuca oyçokluğu ile varmıştır. Karşıoy gerekçesinde ise Medenî Kanun'un 153. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Öneminden dolayı, aşağıda, karşıoy gerekçesine özet olarak yer verilmiştir¹⁸.

¹³ Turgut AKINTÜRK, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, C. II, 10. bası, İstanbul 2006, s. 122-123.

¹⁴ EKŞİ, 48.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1997/61, K. 1998/59, T. 29.9.1998: RG 15.11.2002/24937.

¹⁶ Kararın verildiği tarihte henüz Anayasanın 10. maddesine Anayasanın 10. maddesine 5170 sayılı Kanun ile eklenen "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir" hükmü yer almıyordu. Aynı şekilde 41. maddesindeki "eşler arasında eşitliğe dayanır" hükmü de henüz Anayasaya konulmamıştı.

¹⁷ EKŞİ, 49-50.

¹⁸ EKŞİ, 50.

“Türk Medeni Yasası’nın 153. maddesinin 14.5.1997 günlü, 4248 sayılı Yasa ile değiştirilen ilk fıkrasına göre “kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”. Birinci fıkranın incelenen “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” biçimindeki ilk tümcesinde, kadının evlenmekle, hiç bir seçim hakkı olmaksızın, kocasının soyadını alacağı öngörülmektedir. Buna karşın evlenme kocanın soyadında bir değişikliğe yol açmamaktadır. Anayasa’nın 10. maddesinde, “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek “kanun önünde eşitlik” tanımlanmıştır. Anayasamızda, Alman Anayasasının 3. maddesinde olduğu gibi “kadın ve erkek eşit haklara sahiptir” biçiminde somut bir kural yer almamakta ise de 10. maddedeki genel eşitlik tanımının bu ilkeyi de kapsadığında duraksanamaz. Bu bağlamda genel eşitlik ilkesinin somut bir uygulaması olarak farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi, kadın ve erkeğin cinsiyetine bakılmaksızın aynı hukuksal statüye bağlı tutulmasını ve bunun sonucu olarak da hak ve özgürlüklerle sorumluluklar bakımından tam bir eşitlik sağlanmasını zorunlu kılmaktadır”.

“İnsanın, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme, onurlu bir yaşam sürdürme konusundaki haklarını, kişiliğe bağlı dokunulmaz, devredilmez vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler listesinin başına yerleştiren ve bunların yaşama geçirilmesi için gerekli ortamı ve koşulları sağlamayı amaç edinen çağdaş hukuk anlayışının ürünü olan uluslararası belgeler arasında yer alan 1985 yılında katıldığımız “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nde, genel eşitlik ilkesinin somut bir göstergesi olan “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesinin esas alındığı görülmektedir. Bu doğrultuda Sözleşmenin başlangıcında, “kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği, insan şeref ve haysiyetine saygı ilkelerini ihlâl ettiği” belirtildikten sonra 1. maddede, kadınların medenî durumlarına bakılmaksızın hak ve özgürlükler konusunda cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, yoksunluk ve kısıtlamanın “kadınlara karşı ayırım” olarak değerlendirileceği; 2. maddenin (g) bendinde taraf devletlerin, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, değiştirmek ve kaldırmak için yasal düzenlemelerle birlikte gerekli uygun önlemleri almayı üstlendikleri; 5. maddenin (a) bendinde, her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek için taraf devletlerin tüm uygun önlemleri alacakları ve 16. maddenin (c) bendinde de evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar sağlayacakları belirtilmiştir”.

“Cinsiyete dayalı ayrımları yasaklayan Sözleşme kurallarının ‘farklı cinslerin eşit haklara sahip olması’ ilkesinin uluslararası alana taşınarak ortak idealler haline dönüştürülmesi, bu ilkenin ulusal düzenlemelere yansıtılmasında itici bir güç oluşturması bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasanın başlangıcı ile 174. maddesinde dile getirilen çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı bu uygarlığın hukuk alanına yansması olan hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası belgelerin, Anayasa kurallarıyla

birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu anlayış içinde bakıldığında, yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan ‘kadın evlenmekle kocasının soyadını alır’ biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni, kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasanın 13. maddesi ile de uyum içinde değildir”.

“1976 tarihli Alman Evlilik ve Aile Hukuku Yasasındaki eşlerin ortak bir soyadı kullanacağı, aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadının seçilebileceği, eğer eşler bir karara varamazlarsa, kocanın soyadının ailenin soyadı olarak kabul edileceğine ilişkin kuralı inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi 5.3.1991 günlü kararıyla kocanın soyadının ikincil aile adı olarak seçilmesini Anayasaya aykırı bulmuştur. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: Bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz. Eğer mevcut toplumsal gerçeklik veri olarak ele alınırsa, anayasal bir emir olan farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin gerçekleştirilmesi işlevini kaybedecektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlik kazanmaktadır. Çünkü Anayasanın 3. maddesinin ikinci fıkrası böylesi ayrımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir. Bu nedenle birey hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunun korunmasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez”.

“İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, 1994 yılında verdiği İsviçre hakkında mahkûmiyetle sonuçlanan bir kararında, ismin kişinin kimliği anlamına geldiğini, buna yapılan müdahalenin, ailenin özel yaşamına müdahale sayıldığını bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Aile soyadının seçimini, evlilik birliğinin eşit haklara sahip bireyleri olan eşlerin özgür iradesine bırakmayarak bu konuda kocaya mutlak bir üstünlük sağlayan kural, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarını sınırlaması, bu yolla onun maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması nedeniyle Anayasanın 17. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın 10., 13. ve 17. maddelerine aykırı olan itiraz konusu kuralın iptali gerektiği kanısıyla çoğunluk görüşüne katılmıyoruz”.

Bu karardan önce de kadın erkek eşitliğine ters düşen Medenî Kanun hükümleri ile ilgili olarak verilen Anayasa Mahkemesi kararları bulunmaktadır¹⁹. Bu kararları değerlendiren *Nomer*²⁰, Anayasa Mahkemesinin, aile birliğini koruma gerekçesiyle

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 35, K. 55, T. 2.12.1999: RG 25.12.1999/2317; Anayasa Mahkemesi, E. 27, K. 43, T. 30.6.1998: RG 15.1.2000/23934; Anayasa Mahkemesi, E. 47, K. 46, T. 28.12.1999: RG 10.3.2000/23989.

²⁰ NOMER, 445-447.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

vardığı sonuçların, aile birliğini korumaktan ziyade, toplumun kadına bakışını ve atar-
kerkil aile yapısına ilişkin hakim anlayışı aksettirdiğini; oysa Anayasa'da yer alan ka-
nun önünde eşitlik başta olmak üzere diğer prensiplerin, toplum anlayışına göre değil,
tam aksine ona yön vermek üzere yorumlanması gerektiğini, haklı olarak, ifade etmek-
tedir²¹.

Ne yazık ki Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10. maddesinde 2004 ve 2010
yıllarında yapılan değişiklikten sonra da tutumunu değiştirmemiştir. Evli kadının yal-
nız önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda (1) Fatih 2. Aile Mahkemesi
(Esas Sayısı: 2009/85), (2) Ankara 8. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/35) ve (3)
Kadıköy 1. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/94), itiraz yoluyla Anayasa Mahkeme-
si'ne başvurarak TMK'nın 187. maddesinin Anayasa'nın sosyal hukuk devletine iliş-
kin 2. maddesine; eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddesine; temel hak ve hürriyetlerin
dokunulmazlığına ilişkin 12. maddesine; maddî ve manevî varlığını koruma hakkına
ilişkin 17. maddesine; aileye ilişkin 41. maddesine ve Anayasamızın 90. maddesinin
son fıkrasına göre iç hukuk kuralları haline gelen İnsan Hakları Evrensel Beyanname-
si'ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın
Önlenmesi Sözleşmesi'ne aykırılığı savıyla iptalini istemişlerdir.

Anayasa Mahkemesi, oyçokluğuyla aldığı kararıyla, Medenî Kanunu'nun 187.
maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmış ve itirazı reddetmiştir²².
Anayasa Mahkemesine göre:

“Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yara-
yan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en
önemli unsur olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir
kişilik hakkıdır. Ayrıca 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan “*her
Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur*” hükmü gereğince, soyadı
kullanmak kişilere yüklenmiş bir yükümlülüktür. Türk hukukunda aile ismi ile eş an-
lamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve so-
yunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmak-
tadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi
belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebep-
lerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. İtiraz konusu
“*kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” kuralının da aile birliğinin korunması ve
aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması,
resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve
kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır. Milletlerin ayırıcı
vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar
arası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten gü-
nümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin top-
lumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel
ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek,
görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal
bir kurumdur. Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41.

²¹ NOMER, 446.

²² Anayasa Mahkemesi, E. 2009/85, K. 2011/49, T. 10.3.2011: RG 21.10.2011/28091.

maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Uluslararası hukukun temel belgelerinden olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddelerinde de ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerektiği belirtilmiştir; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır. Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımını ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisiz görülmemiştir".

Karşı oy yazısında da haklı olarak belirtildiği üzere, "Anayasa'nın eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddesinde, kadımlar lehine 2004 ve 2010 tarihli değişikliklerin yapılmasına karşın, aynı konuda oyçokluğuyla 1998 yılında verilen kararda ısrar edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin, gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerini ve uluslararası alandaki gelişmelerin somut bir göstergesi olan AİHM kararlarını dikkate almadığını ortaya koymaktadır. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin korunup, güçlendirilmesi amacıyla evrensel hukuktaki gelişmeler doğrultusunda, Anayasa ve yasalarda yapılan değişikliklerin, onları uygulayan yargı yerleri tarafından özümseyip yaşama geçirilmedikçe, insanın onurlu bir yaşam sürdürmesi, maddî ve manevî varlığını geliştire-

bilmesi için gerekli ortamın oluşturulmasına bir katkı sağlayamayacağını göstermektedir”.

IV. Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün Avrupa Konseyi Parlamentosu Raporu Kapsamında Değerlendirilmesi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1978 yılında aldığı 78/37 sayılı Kararla soyadı ile ilgili olarak cinsiyet ayrımına dayanan hükümlerin değiştirilmesi ve kadın ile erkek arasındaki cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasını tavsiye etmiştir²³. Ancak bu tavsiye kararı beklenen sonuçları vermemiştir.

Daha sonra Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi, eşlerin ve çocuğun soyadı konusunda bir rapor hazırlamıştır. Raporda, evli eşlerin soyadı seçimi ve çocuğun soyadı konuları incelenmiştir. Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında eşlerin ve çocuğun soyadı hususunda dört farklı uygulama bulunmaktadır: Bazı ülkelerde cinsiyet ayrımı yapılmakta ve kadın ile çocuk, kocayı ve babayı takip etmektedir. Bazı ülkelerde ise çocuk, kural olarak babanın soyadını almakta, istisnaen anne babanın ortak talebi üzerine annenin soyadını alabilmektedir. Bazı ülkelerde ise, çocuğa soyadı verilmesinde anne ile baba arasında tam bir eşitlik sağlanmıştır. Dördüncü grup ülkelerde ise soyadı tam olarak yerleşik bir uygulama kazanmamış olup soyadının aileye bağlı olarak alınması zarureti de bulunmamaktadır.

Raporda, soyadı konusunda cinsiyet ayrımı yapan ülkelerin bu ayrımı ortadan kaldırmak için gerekli düzenlemeleri biran önce yapmaları tavsiye edilmiştir. Kişiyi belirleyici faktör olan adın ve soyadının seçimi oldukça önem taşımaktadır. Rapora göre, bu alanda kadın erkek arasındaki cinsiyet ayrımı kabul edilemez. Bazı ülkeler soyadı konusunda kadın erkek arasındaki eşitsizliği ortadan kaldıracak yasal düzenlemeler yapmışlardır. Bazı ülkeler ise geleneksel yaklaşımı muhafaza etmiştir²⁴.

Raporda, İsveç, Çek Cumhuriyeti, İsviçre, Slovenya, Slovakya, San Marino, Romanya, Polonya, Norveç, Malta, Litvanya, Liechtenstein, İzlanda, Macaristan, Finlandiya, Estonya, Kıbrıs, Bulgaristan, Avusturya, İngiltere, Luxembourg, İtalya, İrlanda, Yunanistan, Fransa, İspanya, Danimarka, Belçika ve Almanya’da eşlerin ve çocukların soyadlarına ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi verilmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi Türkiye delegesinin ise konu hakkında bilgi vermemesi sebebiyle Raporda, Türkiye hakkında bilgi verilemediği ifade edilmiştir²⁵.

²³ European Council Doc. 7259, 3 March 1995, REPORT on discrimination between men and women in the choice of a surname and in the passing on of parents' surnames to children (Rapporteurs: Mrs ERR, Luxembourg, Socialist Group and Mr MASSON, France, European Democratic Group), <http://assembly.coe.int> (23.5.2008).

²⁴ European Council Doc. 7259, 3 March 1995, REPORT on discrimination between men and women in the choice of a surname and in the passing on of parents' surnames to children (Rapporteurs: Mrs ERR, Luxembourg, Socialist Group and Mr MASSON, France, European Democratic Group), <http://assembly.coe.int> (23.5.2008).

²⁵ European Council Doc. 7259, 3 March 1995, REPORT on discrimination between men and women in the choice of a surname and in the passing on of parents' surnames to children (Rapporteurs: Mrs ERR, Luxembourg, Socialist Group and Mr MASSON, France, European Democratic Group), <http://assembly.coe.int> (23.5.2008).

VI. Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi ve “Ünal Tekeli v. Türkiye” ve “Oya Ataman v. Türkiye” Davaları

Daha önce açıklanan Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olay ile ilgili olarak AİHM'e başvurulmuştur. *Ünal Tekeli v. Türkiye*²⁶ davası, mülga Medenî Kanun'un 153. maddesine ilişkindir. *Ayten Ünal*, 1965 yılında İzmir'de doğmuştur. 25.12.1990 tarihinde evlenmiştir ve mülga Medenî Kanun'un 153. maddesine göre kocasının soyadını kazanmıştır. Avukat olan başvuran, meslek hayatında da evlilik öncesi soyadı ile tanındığından, resmî işlemler hariç, bu soyadını da kocasının soyadı ile birlikte kullanmaya devam etmiştir. *Ayten Ünal*, yalnızca kendi soyadı olan *Ünal* soyadını kullanmak için Karşıyaka Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Açtığı dava, mülga Medenî Kanun'un 153. maddesinde “kadın kocasının soyadını taşır” hükmüne istinaden reddedilmiştir. Temyiz mahkemesi bu kararı onaylamıştır. 1997 yılında Medenî Kanun'da yapılan değişiklikle kadına, kendi soyadını kocasının soyadı ile birlikte kullanma hakkı verilmiştir. *Ayten Ünal*, bu değişikliğin yeterli olmadığını; kendisinin yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanmak istediğini belirtmiştir. 2002 yılında yeni Medenî Kanun yürürlüğe girmiştir ve mülga Medenî Kanun'un 153. maddesinde yer alan ifade 187. maddede aynen korunmuştur. *Ayten Ünal*, bekârlık soyadını kullanmasına izin vermeyen, fakat erkeğe evlendikten sonra dahi kendi soyadını korumasına izin veren yasal düzenlemelerin ve Türk makamlarının tutumunun cinsiyet ayrımına yol açtığını ve böylece AİHS'in 8. ile 14. maddelerinin ayrı ayrı ve birlikte ihlâl edildiğini belirterek AİHM'e başvurmuştur²⁷.

Türk Hükümeti, başvuranın AİHS'in 34. maddesi çerçevesinde mağdur olmadığını; evlendiği sırada stajyer avukat olduğunu ve avukatlık yapma hakkının bulunmadığını; başvuranın avukatlık mesleğini icra etmeye başladığı vakit zaten kocasının soyadını kullanmaya başladığını; bu sebeple evlendikten sonra yaptığı isim değişikliğinin mesleki yaşantısında bir sorun yaratmadığını belirtmiştir. Başvuran, staj eğitiminin ilk meslek bağlantılarının kurulduğu dönem olması sebebiyle meslek yaşantısından ayrı düşünüleceğini; olayın mesleki boyutların ötesinde bir insanın isim kişiliğinin oluşumunda özellikle önem taşıdığını; evlendikten sonra soyadını değiştirmek zorunda olması sebebiyle geçmişle tüm bağlantılarının koptuğunu iddia etmiştir²⁸.

Türkiye, AİHS'in 8. maddesinin bu olayda uygulanamayacağını; isim seçiminin tam olarak bir bireysel tercih meselesi olmadığını, devletin bu alanda geniş takdir yetkisinin olduğunu; isim verme konusundaki mevzuatın devletin tasarrufuna bırakılması gerektiğini ve AİHS'in kapsamında yer almadığını; Medenî Kanun'un 153. maddesinin eşler arasında farklı muamele yapmasının nesnel ve makul temellerinin bulunması sebebiyle ayrımcılık oluşturmadığını; bu düzenlemenin ailede ortak bir isim kullanımı yoluyla aile birliğini vurguladığını; aile birliğinin kamu düzeninden bir mesele olduğunu ve kamu düzenine ilişkin bir meselede özel yaşamın sona ereceğini belirtmiştir.

²⁶ European Court of Human Rights Fourth Section Case of *Ünal Tekeli v. Turkey* (Application no. 29865/96) Strasbourg 16 November 2004.

²⁷ EKŞİ, 58-59.

²⁸ EKŞİ, 59-60.

Ancak AİHM, isimlerin kullanımını düzenlemede kamu menfaatinin varlığının, kişinin isminin özel ve aile hayatı alanı dışında tutulması için yeterli olmadığını ifade etmiştir. AİHM, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, meseleyi doğrudan sadece 8. madde bağlamında değil İHAS'ın 8 ile 14. maddeleri açısından değerlendirmeye tabi tutmuştur ve Türkiye'nin İHAS'ın 8 ile 14. maddesini ihlâl edip etmediğini incelemiştir. Uyuşmazlığın konu itibarıyla 8. maddenin kapsamına girdiğini kabul etmiştir²⁹.

AİHS'in 8. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının korunması başlığı altında, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu; bu hakkın kullanılmasına ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla bir kamu otoritesinin müdahalesinin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. AİHS'in 14. maddesine göre, Sözleşmede tanınan hakların ve özgürlüklerin kullanılması cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasî veya diğer düşünce, sosyal ve etnik orijin, belirli bir azınlığa, mülkiyete, doğuma veya diğer bir statüye mensup olma açısından ayırım yapılmaksızın herkes için sağlanmalıdır³⁰.

AİHM'in ilke haline gelmiş ve istikrar kazanmış görüşüne göre, 14. madde anlamında cinsiyete göre farklı muameleden söz edilebilmesi için ayırımın makul ve nesnel olmaması gerekir. İHAS'ın 14. maddesi, objektif esaslara dayanan ayırımları yasaklamamaktadır. Türk hukukunda, kadın evlendikten sonra sadece kızlık soyadını kullanamazken erkek evlilik öncesi soyadını evlendikten sonra aynen kullanmaya devam etmektedir. Türk hukukundaki düzenleme cinsiyet ayırımına dayanmaktadır. Ancak burada önemli olan bu ayırımın nesnel ve makul olup olmadığıdır³¹.

Milletlerarası alandaki son gelişmeler evli çiftlerin her birinin kendi soyadını muhafaza etmesi veya ortak bir soyadı seçmede her iki eşin eşit haklara sahip olması yönündedir. Türk hukukunda evli kadın kocasının soyadını kullanmak zorundadır. Kendi soyadını tek başına kullanamaz. Karı koca anlaşsa dahi kadının kocasının soyadını kullanması yasal bir zorunluluktur. Avrupa Konseyine üye ülkeler arasında Türkiye, eşler anlaşma ile aksini kararlaştırırsa bile kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumundadır. Türkiye'de karı koca anlaşsa bile kadınlar yalnızca bekârlık soyadlarını kullanamamaktadırlar. 2001 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Medenî Kanunda kadının kocasının soyadı ile birlikte kendi soyadını kullanmasına izin verilmiş olması da sonucu değiştirmemektedir³².

Soyadlarının evliliklerinden etkilenmesini istemeyen kadınların menfaatleri Türk Medenî Kanunu'nda dikkate alınmamıştır. Bununla beraber Türkiye, yeni Medenî Kanun ile evin reisinin koca olması uygulamasına son vermiş; aile birliğini temsil, ekonomik faaliyetlerde bulunma, aile üyeleri ve çocuklarla ilgili konularda erkekle

²⁹ EKŞİ, 60.

³⁰ EKŞİ, 61-62.

³¹ EKŞİ, 61.

³² EKŞİ, 61-62.

aynı ölçüde söz sahibi olmasına olanak sağlamıştır. Ne var ki aile ismine yönelik, kadınların kocalarının ismini almaya zorlayan hükümler değişmeden kalmıştır. Türk hukukunda kadının kocasının soyadını kullanmak zorunda olması ve eşlerin aksine anlaşma yapamamaları erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıkça anlaşılmaktadır. Günümüzde, kadın erkek eşitliğinin Türkiye de dahil Avrupa Konseyine üye ülkelerde gösterdiği gelişim ve özellikle de ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir. Aile birliği esas olmakla beraber cinsiyet ayrımı yasağı kapsamında, Avrupa Konseyi üyesi devletler ve elbette Türkiye gelenekleri kadına dayatmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadırlar. Türk Medeni Kanunu'na göre kadının erkeğin soyadını kullanmak zorunda olması ve kendi soyadını ancak kocasının soyadı ile birlikte kullanması yükümlülüğü makul ve adil bir düzenleme değildir. AİHM, somut olayda 8. maddenin tek başına ihlâl edilip edilmediğinin değerlendirilmesine gerek olmadığına; Türkiye'nin 8. maddeye bağlantılı olarak 14. maddeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir³³.

*Oya Ataman v. Türkiye*³⁴ davasında, başvuru, dava listesinden çıkarılmış ve esas ilişkin bir karar verilmemiştir. 1970 yılında doğan ve İstanbul'da yaşayan *Oya Ataman*, İstanbul'da avukatlık yapmaktadır. Hüseyin Ataman ile 14 Temmuz 1995 tarihinde evlenmiş ve "Ersoy" olan soyadı eski Medenî Kanun'un 153 maddesi uyarınca "Ataman" olmuştur. Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak kocası ile anlaşarak evlenmeden önceki soyadını, aile adı olarak belirlediklerini ve bu sebeple nüfus kaydının düzeltilmesini istemiştir. Medenî Kanun'un 153. maddesinin Anayasanın 10. ve 12. maddelerine aykırı olduğunu da iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 21 Ekim 1997 tarihli oyçokluğuyla aldığı karara istinaden Türk mahkemesi davayı reddetmiştir. *Oya Ataman*, AİHM süreci devam ederken 30 Nisan 2003 tarihinde eşinden boşanmıştır. AİHM, *Oya Ataman v. Türkiye* davasında, başvurunun dava listesinden çıkarılmasına karar vermiştir.

V. Evli Kadının Evlenmeden Önceki Soyadını Kullanmasına İlişkin İlkderece Mahkemesi ve Yargıtay Kararları

Medenî Kanunun, kadının soyadına ilişkin 187. madde hükmünün Anayasa'ya, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne aykırı olduğu ilk derece mahkemesi kararlarıyla da dillendirilmeye ve kadına bekârlık soyadını kullanma izni verilmeye başlanmıştır. Nitekim Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesi, kadına, evlilik süresince kocasının soyadını kullanmaksızın yalnızca bekârlık soyadını kullanmasına izin vermiştir. *Tamay Alpin Finci*, Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesi'nde açtığı davada, evli olduğunu; yalnızca bekârlık soyadını kullanmak istediğini; davalı olan kocasının buna muvafakat ettiğini; kendi soya-

³³ EKŞİ, 62-63.

³⁴ Dördüncü Daire, *Oya Ataman v. Türkiye* (Başvuru no. 47738/99), Karar 22 Mayıs 2007, Kesinleşme Tarihi 22 Ağustos 2007:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=Turkey%20%7C%20surname%20%7C%20of%20%7C%20married%20%7C%20woman&sessionid=63763417&skin=hudoc-en> (19.12.2010).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

dını kullanmasının insanlık hakkı olduğunu; kadının kocasının soyadını kullanmaya zorlanmasının AİHS'e ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, AİHM'e başvurulması halinde bu tür davaların kabul ile sonuçlandığını belirterek evlenmeden önceki soyadı olan "Finci" soyadını kullanmasına izin verilmesini talep etmiştir.

Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesi, 25.11.2010 tarihli kararında, mevzuatımızda açık bir şekilde evli kadının yalnızca bekârlık soyadını kullanmasına izin davası bulunmadığından, mahkemece bu davanın evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda eşlerin uyuştukları yönde çözümünün mevzuat tarafından kısıtlandığı dikkate alınarak Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinde gösterilen *evlilik birliğine yargıcın müdahalesi davası* olarak nitelendirilmiştir. Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesi, ayrıca, davanın, 5490 sayılı Kanun kapsamında açılan bir soyadı değişikliği olmadığı; davacının bekârlık soyadını kullanmak için izin istediği, bu soyadının aslında davacının soyadı olduğu, herhangi bir nedenle evlilik birliğinin sona ermesi halinde ayrıca bir mahkeme kararına gerek olmaksızın davacının bu soyadını zaten kullanacağı yasa gereği olduğundan bu davada Nüfus İdaresi ile Cumhuriyet Başsavcılığının taraf olmayacağına karar vermiştir. Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesi, her ne kadar, Anayasa Mahkemesi'nin 29 Ekim 1998 tarihli kararı ile mülga Medenî Kanun'un 153. maddesi Anayasa'ya aykırı bulunmamış ise de, Anayasa Mahkemesi kararından sonra Anayasa'nın 10. maddesinde yapılan değişiklikler; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme; *Ünal Tekeli v. Türkiye* davasında verilen AİHM kararına istinaden *Tamay Alpin Finci Bektaş*'ın evlilik süresince kocasının soyadı olan *Bektaş* soyadını kullanmaksızın yalnızca bekârlık soyadı olan *Finci* soyadını kullanmasına izin vermiştir³⁵.

İlk derece Mahkemesi kararları basında da yankı yapmış ve konuyla ilgili mahkeme kararlarına yer verilmiştir. Nitekim Hürriyet Gazetesi'nde yayınlanan haberde kadının, bekârlık soyadını kullanmasına sebep olan etkenler ve hukuk mücadelesi şu şekilde ifade edilmiştir:

"İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesi *Yrd. Doç. Dr. Ebru Voyvoda*, 2004 yılında ODTÜ'de yüksek mühendis olarak görev yapan *Murat Temizsoy* ile evlendi ve eşinin soyadını da aldı. *Yrd. Doç. Dr. Voyvoda*, 2006 yılında Asliye Hukuk Mahkemesi'ne, sadece kızlık soyadını kullanmak istemiyle dava açtı. Ancak Asliye Hukuk Mahkemesi, "görevsizlik" kararı verdi. Ardından *Yrd. Doç. Dr. Voyvoda*, bu kez Ankara 3. Aile Mahkemesi'ne başvurdu. *Yrd. Doç. Dr. Voyvoda*, 4 yıllık hukuk mücadelesinin ardından eşinin "Temizsoy" olan soyadını sildirip, **sadece kızlık soyadının yer aldığı nüfus cüzdanına kavuştu**. Avukatı Alev Yıldız, AİHM'e gitmeden böyle bir karar aldığımız için çok seviniyoruz. Türkiye'de bir ilki gerçekleştirdik. Daha öncesinde bu tür davalar açılmış, ancak AİHM'e taşınmak zorunda kalınmıştı. Bu karar kadınların bir zaferi ve bundan sonra birçok karara emsal olacak niteliktedir" dedi. Avukat Yıldız, *Yrd. Doç. Dr. Voyvoda*'nın dünya çapında eserleri olduğu ve kızlık soyadıyla uluslararası platformda tanındığı için böyle bir karar aldığını belirterek, mahkemenin Anayasa'nın 'eşitlik ilkesi'ni ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde böyle bir karara hükmettiğini söyledi. Kariyer yapan ve evlenmeden önceki soyadıyla bilinen kadınlar için bu kararın büyük bir zafer olduğunu

³⁵ Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesi, E. 2010/1405, K. 1334, T. 25.11.2010.

kaydeden avukat Yıldız, “Türkiye’de daha öncede kızlık soyadının kullanımı için davalar açıldı. Ancak, çoğu sonuçlanmadığı için AİHM’ye götürüldü. Bu kararın çıkması büyük bir başarı. Eşler arası eşitlik açısından da büyük önem arz ediyor. Birçok kadının bu kararı baz alarak dava açacağını düşünüyorum” diye konuştu. *Yrd. Doç. Dr. Voyvoda*’nın yüksek mühendis eşi Murat Temizsoy, eşinin böyle bir karar almasına saygı duyduğunu belirterek, “kendisi uluslararası eserlere sahip biri. Evlenmeden önceki soyadıyla tanınıyor. Böyle bir karar almasını saygıyla karşıladım. Mahkeme sürecinde de kendisine destek oldum. Eşim adına mutlu oldum” dedi. *Yrd. Doç. Dr. Voyvoda* ise yeni kimliğine kavuştuğu için mutlu olduğunu söyledi. Ankara 3. Aile Mahkemesi’nin davayla ilgili gerekçeli kararında, şu görüşlere yer verildi: “Davacının akademik kariyer sahibi olarak öncesinde “Voyvoda” soyadıyla ulusal ve uluslararası eserler yayınladığı ve bu soy isim ile yayınlanan eserler ve çalışmalar sonucu çeşitli ödüller aldığı sabit olup, bu yönüyle öncelikle talepte hukuki yararın bulunduğu anlaşılmıştır. Öte yandan her ne kadar iç hukukta talebi karşılayan yasal bir düzenleme mevcut değil ise de talebin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. maddesi gereği Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde de değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca kadının kocasının soyadını kullanmak zorunda olmasının, ‘kanun önünde eşitlik’ başlıklı Anayasa’nın 10. “herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” denilen 12.; “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. ve “ailenin korunması” başlıklı, ‘aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır’ hükmünü içeren 41. maddeleri ile Türkiye’nin imzaladığı uluslararası sözleşmelere aykırıdır”. Anayasa’nın 90. maddesinde “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır” denilmektedir. İzmir Barosu avukatlarından 15 yıllık evli *Ayten Ünal*, eşinin soyadı “Tekeli”yi sildirip, sadece kızlık soyadı’nı kullanmak için 2004 yılında Karşıyaka 4. Asliye Hukuk Mahkemesi’ne ‘soyadı düzeltme davası’ açmıştı. Ancak *Ünal*, Medeni Kanun’da böyle bir hüküm olmadığı için davayı kaybedince, konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) götürmüştü, AİHM, Türkiye’nin sadece kızlık soyadını kullanmaya izin vermeyerek, ayrımcılığı yasaklayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. ve özel hayata ilişkin 8. maddelerini ihlal ettiğine kanaat getirmişti. Böylece *Ünal*, AİHM tarafında haklı bulunarak kızlık soyadına kavuşmuştu. Ankara 8. Aile Mahkemesi Yargıcı Eray Karınca da kocasının soyadını almak istemeyen bir kadının açtığı davada, evlenen kadının ya yalnızca kocasının soyadını ya da kocasının soyadıyla birlikte kızlık soyadını kullanmasını düzenleyen Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesini Anayasa’ya aykırı bularak ve itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştu³⁶.

³⁶ <http://www.ntvmsnbc.com/id/25079934> (9 Nisan 2010); Fevzi Kızılkoyun: <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14357344.asp> (22 Aralık 2010).

Evli kadının bekârlık soyadını kullanmasına izin veren Ankara 5. Aile Mahkemesi kararı da muhtelif kesimlerce bir hayli ilgi toplamıştır.

Ankara 5. Aile Mahkemesi, sadece kızlık soyadını kullanabilmek için dava açan *Başak Çalı* isimli evli kadının bu isteğini haklı buldu. Artık kadınlar isterlerse babalarının soyadını kullanabilecek. Londra Üniversitesi'nde öğretim görevlisi *Dr. Başak Çalı*, sadece kızlık soyadını kullanmak için Ankara 5. Aile Mahkemesi'nde dava açtı. İki yıl süren hukuk savaşının ardından *Çalı*, evlendikten sonra kendi soyadını kullanma hakkını kazandı. Hakim *Sebahattin Erdem*, kararında şu ifadeleri kullandı: "Kadın evlendiğinde kocasının soyadını alır" hükmü, evlilik içerisinde hak ve yükümlülükleri bakımından kocayı kadın karşısında üstün kılmaktadır ve Anayasa'nın 10. maddesinin II. fıkrasındaki kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna ilişkin temel düzenlemeye açıkça aykırıdır. Kadına karşı her türlü ayrımcılığın önüne geçmek adına, kadın evlendiği takdirde sadece kızlık soyadını kullanabilir". Davayı kazanamaması durumunda AİHM'e gideceğini söyleyen *Çalı*, şöyle konuştu: "Hem evlenmek istedim hem kendim olmaya devam etmek istedim. Önemli olan kadının seçme hakkıdır. Erkekler soyadlarını hiçbir zaman değiştirmiyorlar, kadınlar evleniyorlar soyadlarını değiştiriyorlar, boşanıyorlar yine soyadlarını değiştiriyorlar. Bu kolay bir şey değil. Mücadelemeden dolayı eşim benimle gurur duyuyor"³⁷.

İlkderece mahkemelerinin liberal tutumu henüz Yargıtay kararlarına yansımamıştır. Yargıtay halen geleneksel anlayışını sürmektedir.

"Davacı *Sevgi Druchar* tarafından açılan davada "Druchar" olan soyadının kızlık soyadı olan "Sagular" olarak değiştirilmesini istediği, mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği, ancak davacının kayıtlara göre hala *Josef Druchar* ile evli olduğu anlaşılmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Yasasının 187. maddesinde "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır, ancak evlenme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir" hükmü yer almaktadır. Somut olayda davacı 06.06.1984 tarihinde Alman uyruklu *Josef Druchar* ile evlendiğine ve bu evliliğin yasal olarak sona erdiğini gösteren bilgi ve belge olmadığına göre, mahkemece davanın reddine karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün kanun yararına bozulmasına oybirliğiyle karar verildi"³⁸.

"Dava, davacının evlenme nedeniyle taşımakta olduğu kocasına ait soyadının değiştirilmesine ilişkindir. 721 sayılı Türk Medeni Kanununun "kadının soyadı" kenar başlığını taşıyan 187. maddesinde yer alan "kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir" hükmü uyarınca evlenen kadın, kocasının soyadını alır. Mahkemece bu hüküm gözönünde bulundurulmak-

³⁷ <http://www.hukukevi.net/haber/hukuk-haberleri/evli-kadyn-kyzlyk-soyady-ny-kullanabilecek.law> (21.12.2010).

³⁸ 18. HD, E. 2010/6750, K. 2010/10314, T. 6.7.2010.

sızın, evli kadının kocasının soyadını taşıyamaması sonucunu doğuracak şekilde karar verilmesi de usul ve yasaya aykırıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteminin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere bozulmasına oybirliğiyle karar verildi”³⁹.

VI. Yabancılik Unsuru Taşıyan Evliliklerde Kadının Soyadı Meselesi

Yabancılik unsuru taşıyan evliliklerde, hangi eşin diğerinin soyadını alacağı meselesi, evlenmenin genel hükümlerine ilişkin bir sorundur. Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun⁴⁰ (MÖHUK) 12. maddesine göre, evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bununda bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır. 5718 sayılı MÖHUK’un 13(3). maddesinde bu hüküm esas itibariyle korunmakla beraber müşterek ikametgâh hukuku madde metinden çıkarılmıştır. 5718 sayılı MÖHUK’un 13(3). maddesinde, evlenmenin genel hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabi kılınmış ve tarafların farklı vatandaşlıkta olması halinde müşterek mutad mesken hukukunun, bunun da yokluğu halinde Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Evlenmenin genel hükümleri ile kastedilen hususlar şunlardır: Eşlerin birbirine sadakat ile bağlanmaları, müşterek aile konutu, evin geçimi, evlilik birliğini hangi eşin temsil edeceği, eşlerin soyadı, kadının meslek veya sanatını icra etmek için kocasından izin alıp almayacağı.

Eşlerden birinin veya her ikisinin yabancı olması halinde, hangi soyadının esas alınacağına, 5718 sayılı MÖHUK’un 13(3). maddesinde gösterilen ülke hukuku karar verecektir. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2.5.2009 tarihli kararında⁴¹, Suriye

³⁹ 2. HD, E. 2008/3618, K.2009/9413, T. 12.5.2009.

⁴⁰ 2675 sayılı MÖHUK, 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 64. maddesinin (1). fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴¹ 2. HD, E. 2008/3618, K. 2009/9413, T. 12.5.2009: “Davacı Zeynet Al Ademi vekili tarafından Nüfus Müdürlüğüne karşı açılan davada, Suriye uyruklu bir şahısla evlenmesi üzerine Türk vatandaşlığından çıkarılan davacının, yeniden Türk vatandaşlığına alınma işlemleri sırasında Al Ademi olarak yanlış yazılan soyadının Bağcı olarak düzeltilmesine karar verilmesinin istenildiği, yapılan yargılama sonucunda mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun “evlilik ve genel hükümleri” kenar başlığını taşıyan 13. maddesinin (3). fıkrasında “evliliğin genel hükümlerinin, eşlerin müşterek milli hukukuna, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukukuna tabi olduğu ifade edilmiştir. Dava, davacının evlenme nedeniyle taşımakta olduğu kocasına ait soyadının değiştirilmesine ilişkindir. Mahkemece öncelikle evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukukun belirlenmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerekirken bu hususa uyulmaksızın verilen karar usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Türk Medenî Kanunu’nun “kadının soyadı” kenar başlığını taşıyan 187. maddesinde yer alan kadın evlenmekle kocasının soyadını alır hükmü göz önünde bulundurulmaksızın evli kadının kocasının soyadını taşıyamaması sonucu doğuracak şekilde karar verilmesi de usul ve yasaya aykırıdır” [Nuray EKŞİ, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 13-14].

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

vatandaşı ile evli olan kadının soyadının düzeltilmesi davasının evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir mesele olduğunu; 5718 sayılı MÖHUK'un 13(3). maddesinde evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği hukukun mahkeme tarafından re'sen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'un 13(3). maddesinin gösterdiği ülke hukukunun, kocaya kadının soyadını alma veya eşlerin kendi soyadlarını aynen muhafaza etme hakkını vermesi halinde yabancı hukuktaki bu hükümlerin Türk kamu düzenine aykırılığından söz edilemeyecektir. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2.5.2009 tarihli kararında farklı bir sonuca varmıştır.

2675 sayılı MÖHUK döneminde, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından verilen karara⁴² konu olan olayda, İsviçre vatandaşı ile evlenen Muzaffer Kırgız, İsviçreli

⁴² "18. HD, E.1997/288, K.1997/1496, T.25.2.1997: Davacı Z. Muzaffer Kırgız 14.07.1995 günlü dilekçesi ile 24.3.1995'de Zürih'te İsviçre vatandaşı Helene Brigitte Vollenweider ile evlendiğini, bu evlilikten önce 27.2.1995 tarihinde Zürih Nüfus İdaresine eşi ile birlikte müracaat ederek eşinin soyadını taşımasına izin verildiğini ve eşlerin aile soyadlarının eşinin soyadı olduğunu, İsviçre'de bu soyadını kullanmasına rağmen Türkiye'deki kayıtlarda soyadının Kırgız olarak kaldığını ileri sürerek nüfus kaydında Kırgız olan soyadının Vollenweider olarak düzeltilmesini talep etmiş, mahkemece de yabancı ile evli olup, İsviçre'nin Zürih şehrinde ikamet eden davacının ortaya koyduğu uyumsuzluğun yabancılık unsuruna sahip olduğu kabul edilerek davada, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle davacının, ikamet hukuku olan İsviçre Medeni Kanununun 30/2. maddesi uyarınca, yabancı tabiiyetteki eşinin soyadını taşıyabileceği benimsenerek nüfus kaydında Kırgız olan soyadının Vollenweider olarak düzeltilmesine karar verilmiştir.

Uyumsuzluğun, her şeyden önce yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı, dolayısıyla kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanabilir olup olmadığı üzerinde durulması gerekir. Yabancılık unsurunun varlığı, uyumsuzluğun niteliğine ve tarafların kimliklerine göre belirlenir. Davada uyumsuzluk konusu olan husus, soyadı değişikliği; ileri sürülen hukukî dayanak da, davacının eşi ile birlikte oturduğu İsviçre'de erkeğin, evlendiği eşinin soyadını kullanabileceğine dair uygulamadır. Davacının eski soyadını kullanması konusunda eşi ile ya da ikametgâhındaki makam ve kuruluşlarla herhangi bir ihtilâfı yoktur. Böyle bir ihtilâf olsa ve bu ihtilâf Türk mahkemeleri önüne gelse idi, davacının eşi ayrı bir tabiiyette bulunduğu için her iki yönden yabancılık unsuru taşıyan ihtilâfın Türk devletler hususi hukuku kurallarına göre ve ihtilâfa 2675 Sayılı Kanunun 12. maddesinde belirtilen müşterek ikametgâh olan İsviçre hukuku uygulanarak çözümlenecekti.

Ancak; davada, davacı Türkiye'de nüfus kaydında Türk kanunlarına göre kazanılmış ve yazılmış olan soyadının silinerek yerine İsviçre uyruklu eşinin soyadının yazılmak suretiyle düzeltilmesine karar verilmesini istemektedir. Açıkça görüldüğü üzere uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşımadığı keyfiyetine ek olarak, uyumsuzluğun çözümlenmesi için açılan davada kamu düzeninin yasaya yansımaları sonuca davaya Cumhuriyet Savcısı ile Nüfus İdaresi temsilcisinin kamu adına davaya birer mahkeme rüknü olarak katılmaları keyfiyeti de, bu davada devletler hususi hukuk hükümlerine ait kuralların uygulanmasına engel değildir. Bu durumda ve uyumsuzlukta yabancılık unsuru bulunmadığına göre, davaya uygulanacak yasa hükümleri Türk Medeni Kanununun 26 ve 153. maddeleridir. Dava bir soyadı değişikliği şeklinde açıldığına göre, yasal dayanak Medeni Kanunun 26. maddesidir. Ancak, aynı Kanunun 153. maddesinin amir hükmüne göre de evlilik birliğinde kocanın soyadının taşınması zorunlu olduğundan, 26. maddedeki haklı nedenin varlığının söz konusu olamayacağı açıktır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken (mülga) 2675 Sayılı Kanunun 12. maddesine dayanılarak İsviçre Medeni Kanununun 30/2. maddesi yarıncı kabulü usul ve kanuna aykırıdır" [Nuray EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 27-28; Nuray EKŞİ, Pratik Çalışma Kitabı-Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Mil-YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)

karısının soyadını almış ve nüfus kütüğünde Kırgız olan soyadının Vollenweider olarak düzeltilmesi için Türkiye’de nüfus idaresine karşı bir dava açmıştır. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, “*uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşımadığı keyfiyetine ek olarak, uyuşmazlığın çözümlenmesi için açılan davada kamu düzeninin yasaya yansımaları sonucu davaya Cumhuriyet Savcısı ile Nüfus İdaresi temsilcisinin kamu adına davaya birer mahkeme rüknü olarak katılmaları keyfiyeti de, bu davada devletler hususi hukuk hükümlerine ait kuralların uygulanmasına engel*” olduğunu ifade etmiştir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 25.2.1997 tarihli kararında, İsviçre vatandaşı kadınla evlenen Türk vatandaşı erkeğin, karısının soyadını alması sebebiyle yeni soyadının nüfusa işlenmesi için açılan davada, ilk derece mahkemesinin eşlerin oturduğu yer hukuku olan İsviçre hukukunu uygulayarak talebi kabul etmesini bozma sebebi saymıştır⁴³. Karara konu olan olayda, Türk vatandaşı Muzaffer Kırgız, Zürih’te İsviçre vatandaşı Helene Brigitte Vollenweider ile evlenmiştir. Muzaffer Kırgız bu evlenme akdinden önce Zürih Nüfus İdaresine Vollenweider ile birlikte başvurup, eşinin soyadını taşımasına izin verilmesini ve aile soyadlarının eşinin soyadı olarak tescil edilmesini talep etmiştir. Zürih Nüfus İdaresi de bu talebi kabul etmiştir. İsviçre’de Vollenweider soyadını kullanmaya başlayan Muzaffer Türkiye’de halen Kırgız olan soyadının nüfus kayıtlarında Vollenweider olarak düzeltilmesi için ilgili nüfus idaresine karşı dava açmıştır. Davanın taraflarına bakıldığında, bir yabancılık unsuru yoktur. Muzaffer, Türk vatandaşıdır, Türkiye’deki nüfus idaresi hasımdır. Ancak Muzaffer Kırgız’ın Vollenweider soyadını almasının sebebi İsviçre vatandaşı ile evlenmesidir. Bu durum, tarafları itibariyle yabancılık unsuru bulunmayan davaya konusu itibariyle yabancılık unsuru kazandırmıştır. Yabancılık unsuru bulunan davalarda uygulanacak olan ülke hukuku MÖHUK’a göre belirlenecektir. İlk derece mahkemesi, haklı olarak, erkeğin, karısının soyadını kullanmak istemesinin evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir mesele olduğunu ifade etmiştir. Burada kadın, İsviçre; erkek, Türk vatandaşı olduğundan eşlerin müşterek millî hukukları yoktur. O halde Muzaffer’in karısının soyadını kullanıp kullanamayacağı sorunu, Dava tarihinde yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK’un 12. maddesi uyarınca eşlerin müşterek ikametgâh hukukuna göre çözümlenmek gerekir. Olayımızda tarafların müşterek ikametgâh hukuku İsviçre hukukudur. İsviçre hukuku uygulanınca, Muzaffer’in karısının soyadını kullanması mümkündür. İlk derece mahkemesi, Kırgız soyadı nüfustan silinerek, Helene’nin soyadı olan Vollenweider nüfusa tescil edilmesine karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin bu kararını nüfus idaresi ve cumhuriyet savcılığı temyiz etmiştir.

Yargıtay ise, olayda yabancılık unsurunun bulunmadığı kanaatinde. Bu sebeple, sorunun Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir ve Türk hukukuna göre sadece kadının kocasının soyadını kullanabileceğinden bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

letlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, 3. bası, İstanbul 2009, s. 18-20].

⁴³ Karara ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Emre ESEN, Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler, (2004)1-2 MHB, s. 439-449. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Burada akılcı olan yorum ilk derece mahkemesinin yorumudur. Zaten Muzaffer, İsviçre’de Helene’nin soyadını kullanmaktadır. Ancak Türkiye’de nüfus kayıtlarında, tapu, vergi, trafik sicili vs. gibi resmî kayıtlarda soyadı Kırgız olarak kayıtlıdır. Böylece aynı kişi, İsviçre’de Vollenweider, Türkiye’de Kırgız olarak bilineceği için ciddi sorunlar yaratacak bu ikilemin giderilmesi için ilk derece mahkemesinin vardığı sonuç Yargıtay tarafından da kabul edilmeliydi. Çünkü Muzaffer Kırgız’ın soyadı değişikliği İsviçre vatandaşı Helene Brigitte Vollenweider ile evlenmesi sonucunda gerçekleşmiştir. Dolayısıyla Türk mahkemesinin önündeki sorun yabancılık unsuru taşımaktadır. Davanın, Türk nüfus idaresine karşı açılması bunu değiştirmez. Muzaffer Kırgız’ın, karısının soyadını alıp alamayacağına ilişkin sorun, evliliğin genel hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Olayda yabancılık unsuru bulunduğundan, uygulanacak hukuk Yargıtay tarafından MÖHUK uyarınca tayin edilmeliydi. Dava tarihinde yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK’un 12. maddesine göre, evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna; tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgâh hukukuna, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukukuna, bununda bulunmaması halinde Türk hukukuna tabidir. Eşlerden biri İsviçre diğeri Türk vatandaşı olduğundan müşterek millî hukukları yoktur. Eşlerin müşterek ikametgâhı İsviçre’de olduğundan İsviçre Medenî Kanunu uygulanacaktır. İsviçre Medenî Kanunu, kocanın, karısının soyadını almasına olanak tanımıştır. O halde İsviçre medenî Kanununa göre, Muzaffer Kırgız’ın, karısının soyadı olan Vollenweider soyadını alması mümkündür. Dava tarihinde yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK’un 5. maddesine (5718 sayılı MÖHUK md. 5) göre, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri Türk kamu düzenine aykırı ise bu hükümler uygulanmaz. AİHS’in 8. ve 14. maddeleri ile AİHM kararlarının⁴⁴ yanı sıra CEDAW hükümleri uyarınca Türk vatandaşı erkeğin, yabancı karısının soyadını alması, Türk kamu düzenin ihlali olarak görülemez.

VI. Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi ve Sonuç

Kanaatimizce AHİM’in *Ünal Tekeli v. Türkiye* davasında verdiği karar ve ayrıca Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve Türkiye tarafından onaylanan *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Antlaşması* kapsamında Medenî Kanun’un 187. maddesi yeniden düzenlenmelidir. Ne yazık ki Anayasa Mahkemesinin 29 Ekim 1998 tarihinde verdiği kararından sonra Anayasada yapılan değişiklikler çerçevesinde konu, Anayasa Mahkemesi tarafından bir kere daha incelenmiş ve 10 Mart 2011 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi Medenî Kanun’daki düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nim 10 Mart 2011 tarihli karına katılmak mümkün değildir. Çünkü Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde Anayasanın 10. maddesine 5170 sayılı Kanun⁴⁵ ile yapılan ek düzenlemeye göre, kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca Anayasanın 41. maddesinde yer alan “aile Türk toplumunun temelidir” ifadesine 4709

⁴⁴ ESEN, 448-449.

⁴⁵ RG 22.5.2004/25460.

sayılı Kanun⁴⁶ ile “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ifadesi eklenmiştir. Her iki hüküm ile, kadın erkek eşitliği Anayasada ayrı ve özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁴⁷.

Uygulamada ve doktrinde Türk Medenî Kanunu’nun 187. maddesinin emredici bir hükmün olduğu ve bu hükmün aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir. Türk Medenî Kanunu’nda yer alan hangi hükümlerin kamu düzeninden ya da emredici, hangi hükümlerin ise ihtiyari yani taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini, yargı kararları ve doktrin belirlemektedir. Yargı kararları ve doktrin, Türk Medenî Kanunu’nun 187. maddesine kamu düzeninden olan emredici hüküm vasfı vermekten vazgeçmelidir. Eğer bu yönde bir gelişme olursa o zaman yasal düzenleme dahi yapılmasına gerek kalmaz. Diğer bir ifadeyle Türk Medenî Kanunu’nun 187. maddesinin ihtiyari nitelikte olduğu kabul edilince, kadının evlenmeden önceki soyadını taşıması konusunda eşler anlaşma yapabilirler. Medenî Kanun’un 187. maddesinin kamu düzeninden emredici bir hüküm olduğu anlayışından vazgeçilmesi; bu maddenin aksinin eşler tarafından kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi; eşlerin anlaşması halinde kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadını taşıması anlayışının hakim kılınmasıyla, AHİM kararları ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalardan doğan yükümlülüğü ile uyumlu bir sonuç elde edilecektir.

Kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması halinde, kadın, kendi soyadını; erkek ise, kendi soyadını muhafaza edeceğinden çocukların soyadının ne olacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sorun, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre çözümlenecek yani çocuklar babanın soyadını alacaktır. Evlilik birliği süresince anne ve baba velayet hakkını birlikte kullanacaklarından annenin soyadı ile çocuğun soyadın farklı olacağından uygulamada sorun yaşanabilir. Aynı sorun boşanma halinde velayet anneye verilirse de ortaya çıkacaktır. Resmi işlemler sırasında anne ve çocuğun soyadı farklı olduğu için nüfus kayıt örneği istenebilecektir. Bu sebeple, annesi bekârlık soyadını muhafaza eden çocuk, nüfusa kaydedilirken, annenin yalnızca adının değil soyadının da yazılması gerekir. Böylece annenin soyadı ile çocuğun soyadının farklı olmasından kaynaklanacak sorunlar da ortadan kaldırılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Turgut AKINTÜRK, *Medenî Kanun Tasarısında Kadın Erkek Eşitliği*, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000.

Turgut AKINTÜRK, *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış*, C. II, 10. bası, İstanbul 2006.

Nuray EKŞİ, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, İstanbul 2008.

Nuray EKŞİ, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul 2010.

⁴⁶ RG 17.10.2001/24556 Mükerrer.

⁴⁷ EKŞİ, 63-64.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Nuray EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007.

Nuray EKŞİ, Pratik Çalışma Kitabı-Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, 3. bası, İstanbul 2009.

Emre ESEN, Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler, (2004)1-2 MHB.

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

İbrahim Ö. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, 6. bası, Ankara 2002.

Nazan MOROĞLU, Kadının Soyadı, İstanbul 1999.

Nazan MOROĞLU, Medenî Yasaya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, 79(2005)5 İBD.

Haluk N. NOMER, Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı, (2002)2 MHB Ergin Nomer’e Armağan.

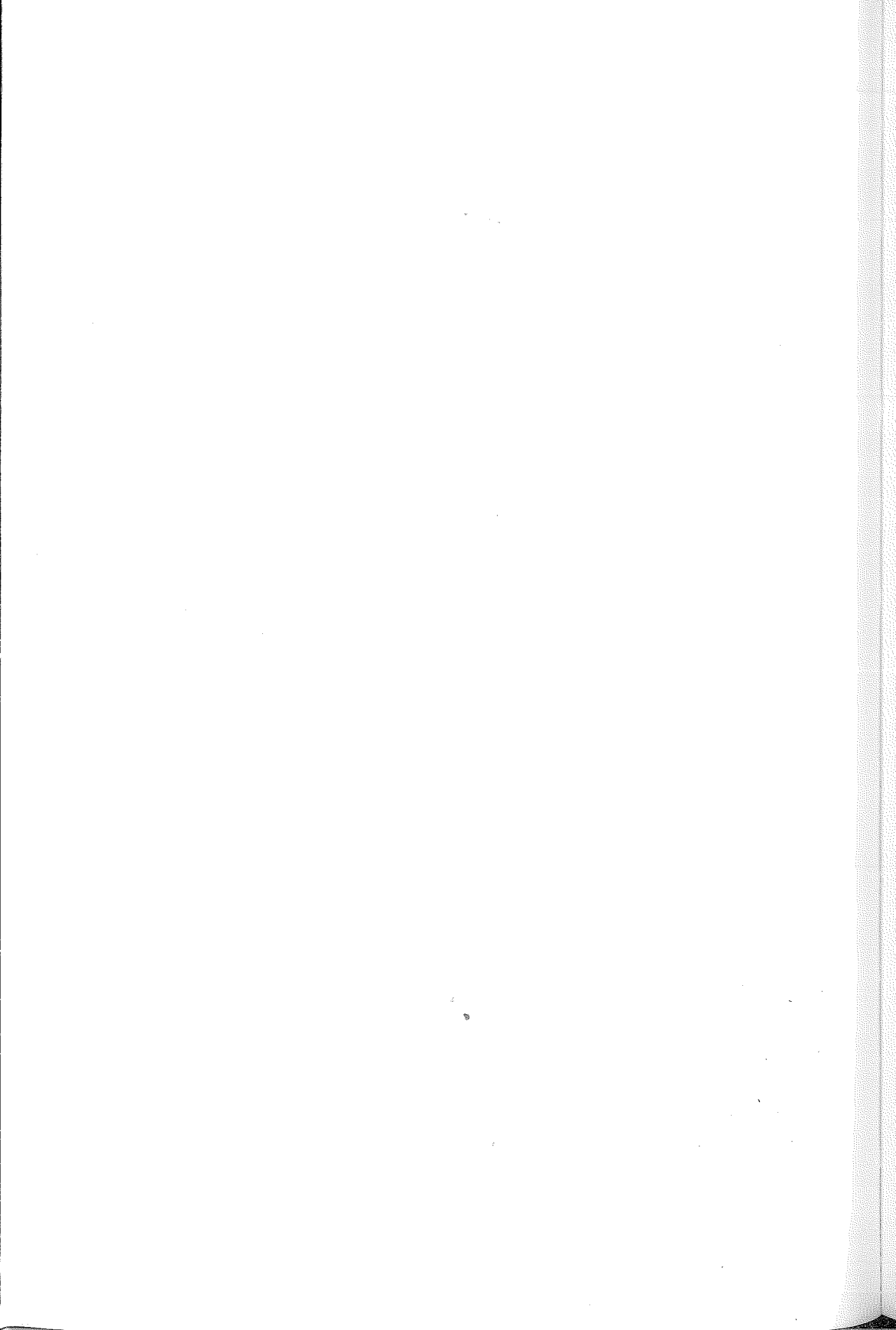
Demet ÖZDAMAR, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu (Eski-Yeni Türk Medenî Kanunu Karşılaştırılması), Ankara 2002.

Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, 5. bası, Ankara 2004.

Lale SİRMEN, Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000.

Rona SEROZAN, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.

Yıldız ABİK, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005.



**YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKET GENEL
KURULUNUN FİZİKEN YAPILMASI**
(*GENERAL ASSEMBLY MEETING OF A JOINT STOCK COMPANY WITH PHYSICAL
ATTENDANCE UNDER THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE*)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR*
Dr. Esra HAMAMCIOĞLU**

ÖZET

Bu çalışmada, anonim ortaklıkta genel kurulun fiziki ortamda yapılması ele alınmaktadır. Genel kurul, şirketin zorunlu organlarından birisidir. Paysahipleri, iradelerini çoğunlukla genel kurullarda açıklamakta, bilgi edinme hakkı ve diğer pay sahipliği haklarının önemli bir kısmını bu toplantılarda kullanmaktadır. Çalışmada, genel kurulun görevleri, yetkileri ve yetki devri, toplantı türleri, toplantıya davet yetkisi olanlar, genel kurulun toplantıya çağırılması, davetsiz genel kurul, toplantıya katılma yetkisi, toplantı ve karar yeter sayıları, toplantının açılması ve yürütülmesi ve toplantılarda özellik arz eden durumlar incelenmiştir. Bu kapsamda, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununun, fiziki ortamda yapılan toplantılar için getirdiği yenilikler üzerinde durulmuş ve değerlendirmelere yer verilmiştir. Kanunun getirdiği yeniliklerden birini oluşturan elektronik ortamda genel kurul yapılabilmesi olanağına, bu çalışmada yer verilmemiştir. Çünkü elektronik genel kurul, ayrı bir inceleme konusu yapılabilecek genişliktedir. Ayrıca, bu konuda ayrıntıları düzenleyecek tüzük de henüz çıkarılmamıştır.

Anahtar Kelimeler: Yeni Türk Ticaret Kanunu, anonim şirket, fiziki ortamda genel kurul, toplantı türleri, toplantıya çağırılma, toplantı ve karar yeter sayıları.

ABSTRACT

General assembly (GA) is one of the mandatory organs in joint stock companies. Shareholders usually declare their wills and use most of their shareholder rights, including the right to obtain information, in these meetings. In this paper, the powers and duties of GA and delegation of authority, the types of GA meetings, the parties authorized to call for a GA, calling for a GA, uncalled GA, the right to attend to a GA, quorum for a meeting and quorum of a decision, calling to order and conducting the GA are analyzed. In this context, innovations for GA meeting with physical attendance of the shareholders in the New Turkish Commercial Code No. 6102 are scrutinized and evaluated. The issue of electronic GA, which constitutes another innovation brought by the new Turkish Commercial Code, lies beyond the scope of this article

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi (ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yarı Zamanlı), Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: mbahtiyar@hotmail.com

** Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: hamamcioglu@gmail.com

since it is broad enough to be dealt with in another work. Moreover, the bylaw regulating the details about this issue has not been made yet.

Keywords: *New Turkish Commercial Code, joint stock company, general assembly meeting with physical attendance of the shareholders, types of general assembly meetings, being summoned to a general meeting, quorum for a meeting and quorum of a decision.*

GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda genel kurul, pay sahipleri veya temsilcilerinin kural olarak usulüne uygun bir çağrı üzerine, belirli bir gündemi görüşmek ve karara bağlamak üzere bir araya gelmesiyle toplanan bir organdır. Pay sahipleri veya temsilcileri iradelerini genel kurulda açıklar, ortaklığın işleyişine ilişkin bilgi sahibi olur ve pay sahipliğinden doğan haklarını da genellikle bu toplantılarda kullanır¹.

Genel kurulca alınan kararlar kural olarak iç ilişkide etkili olduğu, münferit istisnalar dışında bu organ dış ilişkkiye yansıyan karar alamadığı ve şirketi temsil edemediği için, genel kurulun bir iç organ olduğu söylenebilir². Aldığı kararların dış ilişkkiye yansımaları, yönetim kurulu tarafından uygulanması veya kararların tescil (ve ilan) edilmesi suretiyle olur.

Genel kurul kararı, “genel kurul olarak toplanan pay sahipleri veya temsilcilerinin oyları ile meydana gelen, kural olarak ortaklık içi ilişkide ve istisnaen de dış ilişkide sonuç sağlama amacına yönelik olan irade beyanı”dır³. Hukuki işlemin belli bir hukuksal sonuç sağlamaya yönelik irade beyanı olduğu dikkate alındığında, genel kurul kararının da bir hukuki işlem niteliğinde olduğu görülmektedir⁴. Genel kurulda

¹ Benzer yönde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 22, N. 2. Genel kurulda pay sahipleri demokrasisinin geçerli (“*Aktionärsdemokratie*”) olduğu yolunda bkz. Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, 2009, § 12, N. 46b; Pulaşlı, Şerh, s. 693.

² Tekinalp, Ünal: Kuramdan Kurula Serisi: Tek Kişilik Ortaklık, C. I : Tek Pay sahipli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011, s. 164; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003, N. 664; Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, İstanbul 2011, s. 667; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 22, N. 2; Dubs/Truffer, Basler Kommentar, Art. 698, N. 2.

³ Tanım için bkz. Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2009, s. 6.

⁴ Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 128; Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 187; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 6; Pulaşlı, Şerh, s. 667. Genel kurul kararlarının tek taraflı ya da çok taraflı hukuki işlem olup olmadıkları ise tartışmalıdır. Genel kurul kararlarının çok taraflı hukuki işlem olduklarını savunanlar, bu kararların oluşum sürecini ve şeklini dikkate alırken; tek taraflı hukuki işlem olduğunu savunanlar, ortaya çıkan iradenin anonim ortaklık tüzel kişiliğine ait olmasını göz önünde bulundurlar. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 7-8. Öğretideki baskın görüş ortaklık kararlarının çok taraflı hukuki işlem olduğunu kabul etmektedir. Tekinay, s. 107; Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 55; Önen, Mesut: Hukukun Temel Kavramları, İstanbul 1999, s. 262. Poroy, gerçek kişilerin aksine tüzel kişilerde iradenin oluşmasının da hukukun kapsamına girdiği gerekçesiyle kararın tek taraflı YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

alınan kararlar, toplantıya katılın katılmasın tüm ortakları, organları ve ortaklığı bağ-
lar (TTK m. 423)⁵. İcra değil, karar organı olduğu içindir ki sorumluluğu da yoktur;
sorumluluk alınan kararları uygulayan yönetim kurulundadır (TTK m. 553 vd.)⁶.

bir hukuki işlem olduğunu kabul zorunluluğunun tartışılabileceğini belirterek, çeşitli pay sahiplerinin iradelerinin aynı yönde bir araya gelmesiyle oluştuğu dikkate alınınca genel kurul kararına çok taraflı hukuki işlem denilebileceğini ifade etmektedir. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 715. Yine genel kurul kararının oluşumu açısından çok taraflı işlem niteliğinin daha ağır bastığı yolunda bkz. **Pulaşlı**, Şerh, s. 667. Azınlıkta kalan yazarlardan **Deryal**, mevzuatın izin verdiği durumlarda, genel kurul kararlarının diğer üyelerin toplantıya gelmemeleri ya da oy kullanmamaları halinde tek bir kişi tarafından da oluşturulabileceği ihtimalinde çok taraflı hukuki işlem nitelendirmesinin yapılamayacağından yola çıkarak, kararların tek taraflı hukuki işlem niteliğinde olduğunu belirtmektedir. **Deryal, Yahya**: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 388. Yazarın bu görüşü, istisnadan yola çıkan bir genelleme olduğu için eleştiriye açıktır.

⁵ Bu çalışmada, 6102 Sayılı (yeni) kanun için **TTK.**, halen yürürlükte ve 01.07.2012'ye dek uygulanacak olan 6762 Sayılı Kanun için ise, "Eski Ticaret Kanunu" karşılığı **ETK.** kısaltması kullanılacaktır. "Eski" sözcüğü kullanılmasına yasal dayanak olarak bkz. 6103 Sayılı Kanun, m. 2/3.

⁶ Bilindiği üzere, **ETK**, anonim ortaklıkta üç zorunlu organ öngörmüştür. Bunlar, genel kurul, yönetim kurulu ve denetçi/denetim kuruludur. İsviçre hukukunda da genel kurul, yönetim kurulu ve denetçiler anonim ortaklığın zorunlu organları olarak sayılmakta ve anasözleşme ile yetkileri, zorunlu organların yetkileri ile sınırlı olan ihtiyari organlar oluşturulabileceği kabul edilmektedir. **Forstmöser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 20, N. 31. **TTK** ise, **ETK**'nin denetime ilişkin hükümlerini kaldırmış (**ETK** m. 347-359) ve denetim konusunda yeni bir sistem benimsemiştir. Ancak getirilen yeni sistemde denetçinin organ olup olmadığı konusu tartışmaya açıktır. Bu tartışma, **TTK**'nin hüküm ve gerekçelerinden çıkmaktadır. Zira hüküm ve gerekçeler kendi içinde çelişkilidir. Bu konuda bkz. **Arkan, Sabih**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, s. 54. Şöyle ki, **TTK**'nin genel gerekçesinin 129. paragrafında, denetçilerin anonim ortaklığın organı olmaktan çıkarıldığı; her ölçekteki ortaklıkların denetiminin, bağımsız denetim kuruluşlarına veya küçük anonim ortaklıklarda en az iki serbest yeminli müşavire veya yeminli serbest muhasebeciye bırakıldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, **TTK**'nin 530. maddesinin gerekçesi, genel gerekçeyi doğrulamamaktadır. Zira **TTK** m. 530'un gerekçesinde "Kanunun gerekli olan organlar teriminin anlamı öğretiyle mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Bu hükmün anlamı, denetçinin organ olup olmadığı sorununun cevabı ile açıklık kazanacaktır" denilerek, benimsenecek görüşe göre denetçinin yeni düzende de organ sayılabilmeye ihtimali ifade edilmektedir. Yine, **TTK** m. 437/2'nin gerekçesinde, "denetçinin bağımsızlığı, yani şirketin dışında bulunması, bir görüş uyarınca şirketin organı olmaması (tartışmalı) onun bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez" denilerek, denetçinin organ sıfatının olup olmadığını tartışmalı olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu çelişkilerin tespiti için ayrıca bkz. **Köksal, Aytaç**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 397 ila 404. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1387-1388. Kanunun denetçinin organ sıfatı hakkında kesin bir tutum benimsemeyip, konuyu içtihat ve öğretiye bırakması yerinde olmamıştır. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **Bahtiyar, Mehmet**: Türkiye Barolar Birliği, **TTK** Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008, s. 822. Kanımızca, denetçinin yetkileri **TTK**'da, **ETK**'dan farklı olarak, yalnızca finansal raporun denetimini kapsamaktadır. Organsal yetkileri bulunmamaktadır. Oysa **ETK**'da örneğin denetçinin genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bir organsal yetki olarak ortaya çıkmaktadır. **TTK**'da ise denetçinin bu nitelikte bir görevi bulunmamaktadır. Bu nedenle **TTK**'da denetçinin organ olarak kabul edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Bu görüşün sonucu olarak da denetçinin seçilememesi organ sızlık nedeniyle bir sona erme nedeni olarak kabul edilmeyecektir. **TTK**'ya göre, denetçi, bağımsız olarak, anonim ortaklığa bir sözleşme ile Kanunda öngörülen denetleme hizmetini veren gerçek ya da tüzel kişidir. Yeni

TTK m. 407'ye göre; pay sahipleri, şirket işlerine ilişkin haklarını kural olarak genel kurulda kullanır. Kanundaki istisnalar saklıdır. Genel kurul kararlarının iptalini ve geçersizliğinin tespitini talep hakkı (TTK m. 445, TTK m. 447), inceleme hakkı (TTK m. 437) gibi haklar kanunda belirtilen istisnalar arasında sayılabilir.

Çalışmamız, genel kurulların fiziki ortamda yapılması konusunda TTK'nın getirdiği değişiklik ve yenilikleri, ETK. İle karşılaştırmalı biçimde ele almayı amaçlamıştır.

TTK'da getirilen yeniliklerden birisi de, elektronik ortamda genel kurul yapılabilmesine imkan tanınmasıdır. Elektronik ortamda genel kurulların yapılması, bu çalışmaya konu olan ve fiziki ortamda yapılan genel kurullar gibi, ayrı bir inceleme konusu yapılabilecek genişlikte olduğu, özellikle de, TTK. 1527/5'te belirtilen tüzük henüz çıkarılmamış bulunduğu için, bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. O nedenle, çok kısa ve genel de olsa, bilgi vermek gerekirse:

TTK m. 1527/5'te; genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy vermenin, fiziki katılma ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir. Ancak bu tür katılma ve oy verme, bazı teknik uygulamaları ve ayrıntılı usul hükümlerini gerektirdiğinden, uygulama bir tüzüğün çıkarılmasına bağlanmıştır. Aynı hükme göre, bu tüzüğün yürürlüğe girmesi ile birlikte genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde zorunlu hale gelecektir. ETK'da elektronik ortamda genel kurul yapılmasına imkan veren hiç bir yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi, genel kurula katılmaya ve oy kullanmaya ilişkin ETK m. 360/1-2, genel kurulun toplantıya davetine ilişkin ETK m. 368 gibi hükümler elektronik genel kurul yapılmasına olanak vermemektedir⁷. Elektronik ortamda genel kurul yapılabilmesine imkan sağlayan yeni düzenleme özellikle çok ortaklıklı anonim ortaklıklarda ortaya çıkan güç boşluğu sorununu çözüme amacını taşıdığından olumludur⁸.

düzende denetçinin organ sıfatına sahip olmadığı konusundaki haklı gerekçeler için bkz. Köksal, s. 1396 vd. Denetçi artık anonim ortaklıkta organ sıfatına sahip olmadığı için, Kanun'da düzenlenmesi gereken yer de ortaklığın organizasyonuna ilişkin olan bölüm değil, ortaklığın finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporları ile ilgili olan bölümdür. Köksal, s. 1407-1408.

⁷ Pulaşlı, Şerh, s. 692. İsviçre Hukukunda; elektronik genel kurul toplantısı yapılmasına ilişkin açık kanun hükmü bulunmamakta, fakat öğretilerde, üç farklı genel kurul modeli üzerinde tartışılmaktadır. Bunlar; bir genel kurul toplantısının birden fazla yerde yapılması (Multilokale Generalversammlung), genel kurul toplantısına internet yoluyla katılımın sağlanması (die Generalversammlung mit Teilnahmemöglichkeit via internet) ve sanal genel kuruldur (virtuelle Generalversammlung). Von der Crone, Hans Caspar: Die Internet-Generalversammlung, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht-Festschrift für Peter Forstmoser, 2003, s. 156. Yazar, açık kanun hükmü bulunmamasına rağmen İsviçre'de de pay sahiplerinin internet yoluyla genel kurul toplantılarına katılmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber yazar bu konuda pek çok hukuki belirsizlik ve risklerin varlığına da işaret etmektedir. Von der Crone, s. 163.

⁸ TTK m. 423 (ETK m. 379) uyarınca genel kurulda alman kararlar toplantıya katılın katılmanın tüm pay sahiplerini bağlar. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere pay sahibi genel kurulda oy kullanarak ortaklık yönetiminde etkin bir role sahip olabilir. Ancak ortak sayısının çokluğu ve dağılımı; toplantı yerinin uzaklığı ve bu uzaklığın maliyeti; zaman yokluğu; ortaklıkla ilgili bilgilerin teknik nitelikte olması; pay sahibinin kararlarda etkili olmayacağı düşüncesi gibi nedenlerden dolayı pay sahipleri genel kurul toplantılarına katılmaktan kaçınabilmektedirler. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dal, Seniha: YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

TTK m. 1527/3'de elektronik genel kurul toplantısı yapılabilmesi için şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şart olduğu belirtilmiştir. KENDİGELEN, toplantılara internet kullanılmaksızın görüntülü telefon ya da telekonferansla da katılma imkanının olduğundan hareketle, toplantıların elektronik ortamda yapılabilmesi için şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olmasının kanunen zorunlu tutulmasının anlamsız olduğunu belirtmektedir⁹.

PULAŞLI, elektronik ortamda genel kurulun, ancak TTK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl sonra yapılabileceğini; zira, sermaye şirketleri bakımından internet sitesi kurulması ve bazı bilgilerin bu sitede yayımlanması yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 1524'ün, TTK'nın yürürlüğe girmesinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceğini belirtmektedir¹⁰.

Kanaatimizce, elektronik ortamda genel kurul yapmak kural olarak bir zorunluluk değil imkan olduğuna göre, şirket internet sitesini daha önceden kurmuş ve yayınlanacak tüzükteki şartları da yerine getirmişse, TTK m. 1542'de öngörülen sürenin dolmasını beklemeden elektronik ortamda genel kurul yapılması mümkün olabilmelidir.

I. GENEL KURULUN GÖREVLERİ, YETKİLERİ VE YETKİ DEVRİ

TTK m. 408'de, genel kurulun görev ve yetkileri toplu olarak gösterilmiştir. ETK genel kurul ve yönetim kurulunun bazı yetkilerini saymış, ancak bunlar arasında kesin sınırlar çizmemiştir. Bununla birlikte, ETK'da da bazı konularda mutlakla genel kurul kararının bulunması zorunlu tutulmuş, bu durumlarda karar alma yetkisinin başka bir organa bırakılmasına izin verilmemiştir. İşte başka bir organa devrine izin verilmeyen bu işlere, genel kurulun münhasıran yetkisine giren işler denilmektedir. Anonim ortaklık genel kuruluna özgü devredilemez yetkiler ETK'da özel bir hükümlerle düzenlenmiş değildir. Öğretide¹¹, anasözleşmenin değiştirilmesi (TTK m. 388, 391, 396), yönetim ve denetim kurulunun seçimi, azli ve ibrası (TTK m. 312, 316), ortaklık hesaplarının

Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2008/I, s. 172. İşte pay sahiplerinin ortaklık genel kurullarına katılmamaları ve oy kullanmamaları halinde kararları ve ortaklığın kaderini belirleyebilecek güçteki oylardan doğan kayıp gücün oluşturduğu boşluk güç boşluğu olarak nitelendirilmektedir. Dal, s. 169-170. Güç boşluğu sorununa ilişkin çözüm önerileri için bkz. Tekinalp Ünal: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan "Güç Boşluğu" Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştiriler, Kubalı'ya Armağan, İstanbul 1974, s. 467-489. Ortak sayısının çok arttığı ve geniş kitlelere yayıldığı halka açık anonim ortaklıklar açısından güç boşluğu sorunu daha da önem arz etmektedir.

⁹ Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 533.

¹⁰ Pulaşlı, Şerh, s. 692.

¹¹ Çamoğlu (Tekinalp/Poroy), Ortaklıklar, N. 524; Ansay, s. 95; İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 105.

onaylanması gibi konularda genel kurulun mutlak olarak yetkili olduğu ve bu konulardaki yetkisini devredemeyeceği kabul edilmektedir.

TTK. 408/2'de, çeşitli hükümlerde öngörülmuş bulunan devredilemez yetki ve görevler saklı kalmak şartıyla,

-Anasözleşmenin değiştirilmesi;

-Yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süre ve ücretlerinin belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi, görevden alınmaları;

-Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin ve işlem denetçilerinin seçimi ile görevden alınmaları¹²

-Yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kara katılması dahil kullanılmasına dair kararların alınması;

-Kanunda öngörülen istisnalar dışında ortaklığın feshi;

-Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı¹³

konularında genel kurulun münhasır olarak yetkili olduğu ifade edilmiştir¹⁴. Burada sayılanların dışında, anonim ortaklığın birleşmesi (TTK m. 151), bölünmesi (TTK m. 173), tür değiştirmesi (TTK m. 189), anonim ortaklığın feshine karar verilmesi (TTK m. 529), tasfiye memurunun atanması ve görevden alınması (TTK m. 536-537) gibi konularda da genel kurul yetkilidir¹⁵.

TTK m. 408 düzenlemesi genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki işlevler ayrılığına işaret etmektedir. Hüküm bu yönüyle, yönetim kurulunun yetki ve görevlerini düzenleyen TTK m. 374 ve 375'i tamamlamaktadır¹⁶.

TTK'nın 374. maddesinde yönetim kurulunun ve kendisine bırakılan alanda yönetimin, kanun ve anasözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğu belirtilmiştir. TTK m. 375'te de, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görev ve yetkileri sayılmıştır¹⁷. Buna göre; şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi;

¹² TTK'nın 399. maddesinde faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar denetçi seçilememişse, denetçinin, yönetim kurulunun, her yönetim kurulu üyesinin veya herhangi bir pay sahibinin istemi üzerine ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddede, ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, yönetim kurulunun, sermayenin %10'unu, halka açık ortaklıklarda esas veya çıkarılmış sermayenin %5'ini oluşturan pay sahiplerinin istemi üzerine, ilgilileri ve seçilmiş denetçiyi dinleyerek, seçilmiş denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin gerektirmesi, özellikle de onun tarafı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı halinde başka bir denetçiyi atayabileceği düzenlenmiştir.

¹³ Bu hükmün, anonim ortaklığın temsili bakımından, öngörülen sisteme yabancı olduğu ve farklı anlam yüklenebilecek "önemli miktarda şirket varlığı" ibaresinin uygulamada ciddi sorunlara neden olabileceği yönünde bkz. **Kendigelen, İlk Tespitler**, s. 262.

¹⁴ Bunun anlamı genel kurulun bu konulardaki yetkilerini başka bir organa devredememesidir. Devredilemez nitelikteki yetkileri kapsamındaki konularda genel kurul kendisi karar vermek zorundadır. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 22, N. 9.

¹⁵ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 167.

¹⁶ Aynı yönde **Kendigelen, İlk Tespitler**, s. 261-262.

¹⁷ 375. maddenin gerekçesi ise, "Yönetim kurulunun devredilemez yetkilerini gösteren 375. madde yeni- dir. Bu hüküm ile, Ticaret Kanununda, organlar arasında işlev ayrımı yapılmış, organlar arasında işlev bağlamında güç yönünden denklik kabul edilmiş, buna karşılık genel kurulun her şeye kadir olduğuna ve **YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)**

şirket yönetim teşkilâtının belirlenmesi; muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal plânlama için gerekli düzenin kurulması; müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları; yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönetmeliklere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi¹⁸; pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakerede defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması, genel kurul kararlarının yürütülmesi ve borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması konularında münhasıran yönetim kurulu yetkilidir.

Bu düzenleme karşısında genel kurulun üst organ olduğu artık ileri sürülemeyecektir¹⁹. Anılan husus yönetim kurulunun görev ve yetkilerini düzenleyen TTK m. 374'ün gerekçesinde “...Şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için yapılması gerekli bütün iş ve işlemler yönetim kurulunun veya –devir halinde- yönetimin yetkisindedir. Ancak bunlardan kanunla veya esas sözleşme ile genel kurula bırakılanlar hariç tutulmuştur. Yönetim hakkının kapsamına giren bir iş ve/veya işlemin esas sözleşme ile genel kurulca kullanılabilmesi için de bunun 375 inci maddede gösterilmiş devredilemez görev ve yetkiler içine girmemesi gerekir. Böylece, bu hüküm, bir anonim şirkette, bütün yönetim yetkilerinin bir üst kurul olması dolayısıyla genel kurula ait bulunduğu ve hatta ondan doğduğu, genel kurulun istediği görev ve yetkileri istediği anda yönetim kurulundan geri alabileceği yolundaki eskimiş anlayışa kapıları

bütün kararları alabilme yetkisi ile donatıldığına ilişkin salt yetki teorisi reddedilmiştir. Genel kurulun bir üst organ olduğu anlayışı Ticaret Kanununa yabancıdır. Ancak, bu hükme rağmen 374'üncü maddenin gerekçesinde işaret edilen sorunların kanuni bir boşluk oluşturduğu şüphesizdir. Nitekim aynı hükme sahip İsviçre'de bu konu tartışmalı olup öğreti ve mahkeme kararları sorunları farklı çözümlere bağlamıştır. Yönetim kurulu, kanunun 375'inci maddesinde gösterilen bu yetkileri ne esas sözleşme ile ne de bir kararla genel kurula veya kurulacak kurullara ve komitelere devredebilir. Yönetim kurulu, bu yetkilerden feragat da edemez” şeklindedir.

¹⁸ TTK'da yer alan devredilemez nitelikteki bu yetkiden doğan sorumluluk ise, yine TTK'da yer alan 553/3 maddesi ile oldukça sınırlanmıştır. Zira, TTK'nın 553. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye ayrıntılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz”. Öğretide Türk, bu hükmün TTK'nın 375. maddesinde yönetim kuruluna tanınan devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki bir yetkiyi adeta sorumluluktan muaf hale getirdiğini, oysa yetki ve görevin olduğu yerde sorumluluğun da mevcut olmasının şart olduğunu haklı olarak belirtmektedir. **Türk, Ahmet:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2179.

¹⁹ ETK sisteminde genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki işlevler ayrılığı kesin sınırlarla çizilmediğinden, genel kurulun üst organ niteliğinde sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır. Genel kurulun bir üst organ olduğu yönünde bkz. **İmregün**, AO, s. 100; **Ansay**, s. 169; üst organ niteliği taşımadığı yolunda bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 664. Kanımızca ETK açısından iki yönde görüşler mevcutsa da, aslında kendilerine özgü yetkileri ve pratikteki işlevleri dikkate alındığında, bu iki organ arasında bir altlık-üstlükten çok, işbölümü ilişkisinden söz etmek daha gerçekçi ve doğru gözükmektedir. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 97.

kapamıştır. Tasarı organlar arasında işlevlerin ayrılığı ilkesini kabul etmiştir” denilerek açıkça dile getirilmiştir.

İsviçre Hukukunda OR m. 698/1’de ise genel kurulun anonim ortaklığın en üst organı olduğu açıkça belirtilmiştir. Öğretide, yönetim ve denetim organlarının görevlerinin devredilmeyeceği ve geri alınamayacağını açıklayan hükümler karşısında genel kurulun yönetim ve denetim organlarına karşı üstün organ olduğunu belirten OR Art. 698’in önemini kalmadığı belirtilmektedir²⁰.

Genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki işbölümü ilişkisinde, TTK m. 408/1’de genel kurulun kanunda ve anasözleşmede açıkça belirtilen durumlarda karar alabileceği belirtildiğinden genel kurulun yetkilerinin oldukça sınırlandırıldığı ve yönetim kuruluna ağırlık verildiği de söylenebilecektir. Zira bu hükme göre, genel kurul, kanun veya anasözleşme ile açıkça yetkilendirilmediği hususlarda karar alamayacaktır. Hüküm dikkate alındığında, örneğin, yönetim kurulunun, kendisinin devredilemeyen yetkilerine girmeyen bir konuda, kanunda ya da anasözleşmede açık hüküm bulunmadıkça, genel kurul kararına başvuramayacağı söylenebilecektir²¹.

Öğretide TEKİNALP, TTK m. 408/1’de iki hususun açıklığı kavuşturulduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki, kanunun diğer hükümlerinde de genel kurulun görev ve yetkisi ile ilgili hükümler bulunduğudır. İkincisi ise, kanunda öngörülenlerin dışında anasözleşmeyle genel kurula yetki ve görev verilebileceğidir²². Ancak anasözleşme yolu ile genel kurula verilecek görev ve yetkiler işlevler ayrılığı ilkesine aykırı olmamalı ve yönetim kurulunun görev alanına tecavüz etmemelidir²³.

Bununla beraber, TTK m. 374’ün gerekçesinde hukukun sürekli gelişimini sağlamak amacıyla üç sorunun öğretisi ile mahkeme kararlarına bırakıldığı belirtilmiştir. Bunlardan birincisi, 375. maddede zikredilmemiş olmakla birlikte, genel kurulun niteliği ile hiç bağdaşmayan, aksine yönetim kavramının kapsamında bulunduğundan şüphe edilmeyen konuların, mesela, olağan konulara ilişkin sözleşmelerin akdedilmesinin anasözleşme ile genel kurula bırakılıp bırakılmayacağıdır. İkincisi, yönetim kurulunun ve devredilmişse yönetimin kararlarının genel kurulun onayına bağlanıp bağlanamayacağı, üçüncüsü ise, yönetim kurulunun sorumluluktan kaçınmak amacıyla kararlarını genel kurulun onayına sunup sunamayacağıdır.

TEKİNALP, yönetim kurulunun TTK m. 375 kapsamındaki devredilemez nite-likteki yetkilerinden birinin kapsamına giren bir konuda genel kurulun görüşünü alabi-

²⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 20, N. 13; Karayalçın, Yaşar: İsviçre Borçlar Kanununda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler, Batider 1993, C. XVII, S. 1, s. 23. Yönetim kurulunun vazgeçemeyeceği ve devredemeyeceği yetkilerini sayan OR Art. 716a karşısında eşitlik ilkesinin açıkça kabul edildiği yolunda bkz. Tanner, Brigitte: OR-Art. 698-706b: Die Generalversammlung, Zürcher Kommentar, V5b, 2. Aufl. 2003, s. 22. Öğretideki baskın görüşün, genel kurul ve yönetim kurulu arasında altlık üstlük ilişkisi değil, eşitlik ilkesi olduğu yönünde bkz. Dubs/Truffer, Basler Kommentar, OR. Art. 698, N. 8. Ancak değişiklik öncesinde dahi, genel kurulu üst organ olarak niteleyen hükmün biçimsel üstünlük olarak anlaşılması gerektiği, yoksa işlevsel olarak organlar arasında eşitlik ilkesinin o dönemde de geçerli olduğu yolunda Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 20, N. 12.

²¹ Moroğlu, Tasarı, s. 210.

²² Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 166. Yazar, kanunda açık hüküm bulunmayan bazı kararların da genel kurulun görev ve yetki alanına girdiğinin Yargıtayca karara bağlanabileceğini belirtmektedir.

²³ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 166.

leceğini ve kararını kurulda oylamaya sunabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, genel kurulun onaylama kararına rağmen, sorumluluk yine yönetim kurulunda kalacaktır²⁴.

TTK'da tek kişilik anonim şirketlerde bu pay sahibinin genel kurulun tüm yetkilerine sahip olduğu belirtilmiştir. Tek pay sahibinin genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerliliği, bu kararların yazılı olması şartına bağlanmıştır (TTK m. 408/3). Bu fıkra ya da Adalet Komisyonu Raporunda, hükmün, 89/667/AET Sayılı Konsey Yönergesinin gereği olduğu ve amacının, tek pay sahipli şirketlerde genel kurul kararlarının bu kimliklerinin açıkça anlaşılmasını sağlamak olduğuna işaret edilmiştir.

MOROĞLU, yazılı şeklin yeterli olmadığını, alınan karar belirli bir aleniyet kazanmadıkça, onu alan tek pay sahibinin çeşitli manipülasyonlarına açık kalacağını, bu nedenle, aleniyetini sağlayıcı, tescil ve ilan gibi bir unsura da yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁵. Tutanağın noterce onaylanmış bir suretinin yönetim kurulunca derhal ticaret siciline verilmesi ve tutanakta yeralan tescil ve ilana tabi hususların tescil ve ilan ettirilmesi yükümlülüğünü düzenleyen TK. 422/2'nin tek pay sahipli şirketlerde de uygulanacak olmasının²⁶, aleniyeti sağlayacağı kanaatindeyiz.

II. GENEL KURUL TOPLANTILARI

A. Toplantı Türleri

Olağan ve olağanüstü olmak üzere iki tür genel kurul toplantısı vardır (TTK m. 409). Olağan toplantı her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır (m. 409/1); yapılmaması veya geciktirilmesi, hukuki sorumluluğa yol açabilir (m. 553 vd.). Olağanüstü genel kurul ise gerektiğinde toplanır (TTK m. 409/2).

B. Toplantı Gündemi ve Gündeme Bağlılık Kuralı

Genel kurul kararları toplantıya katılın katılmasın herkesi bağlayacağı için, genel kurul toplantılarında gündeme bağlılık ilkesi geçerlidir. Gündem, pay sahiplerinin anlayabileceği açıklıkta önceden belirlenmelidir²⁷. Genel kurul toplantısına katılmak, pay sahipleri için bir hak olmasına rağmen, bir yükümlülük değildir. Gündeme bağlılık ilkesi sayesinde pay sahipleri genel kurul toplantısına katılıp katılmama konusunda daha sağlıklı bir şekilde karar verebilecekler ve katıldıkları genel kurul toplantılarında da bilinçli oy kullanacakları için oldu bittilere karşı korunmuş olacaklardır²⁸.

TTK m. 409, olağan genel kurul toplantısında nelerin görüşüleceğini, yani gündemin asgari içeriğini düzenlemiştir. Bu toplantılarda, organların seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, karın kullanım şekline, dağıtılacak kar ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara ilişkin müzakere yapılır, karar alınır. Olağan genel kurul toplantısının her yıl yapılması ve kanunda sayılan bu konuları karara bağlaması gerekmektedir.

²⁴ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 167.

²⁵ Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009, s. 210-211.

²⁶ Bkz. İlerde, dn. 168-169 ve ilgili metin.

²⁷ Ansay, s. 173.

²⁸ Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, Makaleler, İstanbul 2010, s. 72.

Olağanüstü toplantıların gündemi ise kanunda gösterilmemiştir; bu nedenle, toplantıya duyulan ihtiyaç, gündemi de belirler.

TTK m. 413, kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla, gündemde bulunmayan konuların müzakere edilemeyeceğini ve karara bağlanamayacağını hükme bağlamıştır. Gündeme bağlılık ilkesi gereğince genel kurul toplantısının gündemi önceden bellidir; gündem ilan ve davet mektuplarında mutlaka gösterilmelidir²⁹; gündemde belirtilmeyen konularda kural olarak görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.

Gündeme bağlılık ilkesi ETK'nin 369. maddesinde de yer almaktadır. Ancak, ETK'da açık bir düzenleme olmamakla birlikte³⁰, bu kuralın öğreti tarafından önerilen ve bir kısmı Yargıtay tarafından da kabul edilen istisnaları vardır³¹. Bunlardan biri gündemde yer alması bile yönetici ve denetçilerin azledilerek, aynı toplantıda yerlerine yenilerinin seçilebileceğidir³². Bunun temel nedeni, gündemde yer almadığı veya

²⁹ Gündeme bağlılık ilkesine ilişkin hükmün pay sahiplerinin haklarını korumaya hizmet ettiği için nispi emredici hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten Moroğlu, davete dair ilan ve mektupta gündemin hiç gösterilmemesini bir iptal sebebi olarak değerlendirmektedir. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 91. Bu halde yokluk yaptırımının uygulanması gerektiği yolunda bkz. İmregün, s. 123-124; Arslanlı, AŞ, II-III, s. 21. Konuya dair görüşlerin ve Yargıtay uygulamasının değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Moroğlu, Erdoğan : Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Toplantıya Daveti Merasimine Aykırılığın Genel Kurul Kararına Etkisi ve Yargıtay Kararları, Makaleler, İstanbul 2010, s. 171 vd.

³⁰ Komiserler Yönetmeliği'nin 25. maddesinde ise kanuna aykırı bir şekilde gündeme bağlılık kuralının istisnaları sayılmıştır. Sayılan bu istisnaların haklı eleştirisi için bkz. Helvacı, Mehmet: "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları Ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik" Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, İlgili Mevzuat İle Birlikte, İstanbul 1997, s. 54-58. Yazar, Yönetmeliğin 25. maddesinde belirtilen istisnaların uygulama ve öğretiyeye uygun düşmediğini ve bunlara aykırı olduğunu; ayrıca kanuna aykırı olan bu yönetmelik hükmünün kendi içinde de çelişkili olduğunu ifade etmektedir. Helvacı, s. 54, 58. Uygulamada kısaca Komiserler Yönetmeliği olarak anılan "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik", ETK m. 274 ile 3143 Sayılı ve "Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun"un 2. ve 3. maddesine dayanılarak hazırlanmış ve 7.8.1996 tarihli Resmi Gazetede yayınlamıştır. Ancak komiserler Yönetmeliğinin 25. maddesinin dışında bir çok düzenlemesi (örneğin 18, 20, 27, 31 gibi) genellikle kanuni dayanağı olmayan ve isabetsiz hükümler içerdiğinden, öğretide başta normlar hiyerarşisi gelmek üzere hukukun temel ilkelerine ve TTK'ya aykırılık taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eleştiri ve aksaklıklar konusunda geniş bilgi ve görüşler için bkz. Helvacı, yukarıda anılan eseri, Yiğit, İlhan: Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi Ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005, Alışkan, Murat: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007, s. 94 vd.

³¹ ETK sisteminde örneğin gündemde yer almasa dahi, esas sermayenin artırılmasına ilişkin toplantıda, çıkarılacak payların dağıtımı konusunda karar alınabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2009, s. 101. Ayrıca genel kurul toplantısı sırasında kullanılacak bazı azınlık hakları için de gündemde madde bulunması söz konusu edilemez. Bu yönde bkz. İmregün, AO, s. 118-120; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 101. Ashında bu azınlık haklarının mevcut bir gündem maddesine bağlı veya onun doğal bir uzantısı ise genel kurulda görüşülebileceği ve bu nedenle de gerçekte gündeme bağlılık kuralının istisnasının söz konusu olmadığı yolunda bkz. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 94, dn. 60.

³² Yönetim kurulu üyelerinin azlinin gündemde bulunmasa bile genel kurulda karara bağlanabileceği yönünde bkz. Arslanlı, AŞ, II-III, s. 23; İmregün, AO, s. 118-120; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 94. Buna YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

haklı neden bulunmadığı ileri sürülerek, görevde kalmaları sakıncalı bulunan kişilerin görevde tutulmalarını genel kuruldan istemenin doğru olmaması ve boşalan üyelikle-
rin bir an önce doldurulması gereğidir³³.

TTK m. 413'e göre; yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerin seçimi finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır. Bu madde ile genel kurula, yönetim kurulu üyelerini her olağan genel kurul toplantısında görevden alabilme olanağı tanınmıştır³⁴. Gerekçede, böylelikle, genel kurulun, yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun kalmamışsa, yönetim kurulunu değiştirebileceği ve icraatını beğenmediği bir yönetim kurulu süre endişeleriyle görevde tutmak zorunda kalmayacağı ifade edilmiştir³⁵. Ancak bu düzenlemenin TTK m. 364 ile bağlantılı düşünülmesi zorunludur. Zira bu maddeye göre, "yönetim kurulu üyeleri esas sözleşme ile atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı halinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler".

Uygulamada haklı nedenin varlığı ya da yokluğu sorunu, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması veya bunun reddi kararları hakkında çok sayıda dava açılmasına neden olacaktır. Ayrıca haklı nedenlerin olup olmaması aslında gündem dışı karar alabilmenin değil, görevden alma nedeniyle ortaklığın sorumlu tutulmasının bir şartı olabilir³⁶. Yine, hükümde haklı nedenin varlığı halinde gündeme bağlılık ilkesine uyulmadan yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabilecekleri belirtilmesine rağmen, genel kurulun aynı toplantıda yeni üye seçmesi imkanına yer verilmemesi de eleştiriye açıktır³⁷.

PULAŞLI ise, ilk önce "...Yönetim kurulunun genel kurulca görevden alınmasıyla (azliyle) ilgili olarak TTK m. 364 hükmünde, "yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeyle atanmış olsalar bile, gündemde ilgili bir hükümde bulunması veya gündemde bulunmasa bile haklı sebeplerin varlığı halinde, her zaman genel kurul kararıyla görevden alınabilirler". Yeni yasanın bu hükmü dikkate alındığında yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından görevden alınabilmesi için, ilke olarak bu

karşı aksi görüş, yönetim kurulu üyelerinin azlinin ve yerlerine yenilerinin seçilmesinin gündeme bağlılık ilkesine tabi olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre, ortaklıkta asgari hukuki güvencenin ve istikrarın sağlanması ve organlar arasındaki dengeyi bozulmaması için gündeme bağlılık kuralının bu konuda da uygulanması zorunludur. Bu yönde bkz. **Teoman, Ömer**: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim Ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi İle İlişkisi, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Nedeniyle- Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, İstanbul 2000, s. 483-487; **Türk, Hikmet Sami**: Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil Ve Seçimi, THYKS I, Ankara 1984, s. 200; **Helvacı**, s. 56; **Eriş, Gönen**: Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, Ticaret Şirketleri, Madde: 174-556, Ankara 2004, s. 1813. Yargıtay'ın ise iki yönde de kararları mevcuttur. HGK, T. 15.03.1967, E. 400, K. 154 sayılı kararında gündeme bağlılık kuralı uygulanırken; 11. HD, T. 13.06.1985, E. 3969, K. 3830 ve 11. HD, T. 03.02.1983, E. 5836, K. 432 sayılı kararlarında, gündemde olmasa bile genel kurulun yönetim kurulu üyesini her zaman azledebileceği kabul edilmiştir. Kararlar için bkz. **Eriş**, s. 1814-1815, 1817-1818.

³³ **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 95.

³⁴ Aynı yönde bkz. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 266.

³⁵ Bkz. TTK m. 413 hükmünün gerekçesi.

³⁶ **Moroğlu**, Tasarı, s. 166.

³⁷ Bu yöndeki haklı eleştiri için bkz. **Moroğlu**, Tasarı, s. 166.

konuda gündemde bir maddenin bulunması ve dolayısıyla “gündeme bağlılık ilkesi”ne uyulması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre, görev süreleri dolmayan yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi, kural olarak, yılsonu finansal tabloların müzakere edildiği “olağan genel kurul toplantısında” ve daha önceden gündemde bulunması koşuluyla gerçekleştirilir. Ancak olağan veya olağanüstü genel kurul gündeminde yönetim kurulu üyelerinin azline ilişkin bir madde bulunmamakla birlikte, görüşmeler esnasında yönetim kurulunun azlini gerektirecek haklı bir sebebin ortaya çıkması halinde, gündeme alınmasına gerek kalmaksızın genel kurula yönetim kurulu üyelerini görevden alabilir ve yerine yenilerini seçebilir” diyerek³⁸, yönetim kurulu üyelerinin yılsonu finansal tabloların görüşüldüğü olağan genel kurul toplantısında görevden alınmalarını daha önceden gündemde madde bulunması şartıyla mümkün olduğunu ve olağan ya da olağanüstü genel kurul toplantılarında ancak haklı bir nedenin varlığı söz konusu ise gündeme bağlılık kuralına uyulmaksızın yönetim kurulu üyelerinin azledilip, yerlerine yenilerinin seçilebileceğini belirtmektedir. Bu noktada TTK m. 364 hükmünün haklı nedenin varlığı halinde gündemde madde olmasına gerek kalmaksızın genel kurula sadece yönetim kurulunu azletme yetkisi tanıdığı gözden uzak tutulmamalıdır. Azlin aslında yeni kişilerin seçimi sonucunu da doğurduğu dikkate alındığında hükmün ifadesinin 413’de olduğu gibi hem azil hem de yenilerinin seçimi şeklinde olması gerektiği doğrudur. Ancak mevcut kanun hükmü dikkate alındığı ve m. 413 ile karşılaştırıldığında bu sonucu savunmak zorlaşmaktadır.

Yazar, TTK m. 364 ile ilgili bu sonuca vardıktan sonra, “... Öte yandan, TTK m. 413/3 hükmüne göre; “yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yıl sonu hesaplarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır”. Yeni olan bu maddenin anlamı şudur: Genel kurul yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun kalmamışsa, yönetim kurulunu değiştirebilmelidir; icraati beğenilmeyen yönetim kurulu süre endişesiyle görevde tutulmamalıdır. Anılan bu madde hükmünün, TTK m. 364/1’deki “önemli sebeplerin varlığı halinde gündemde madde bulunmasa bile, her zaman genel kurul kararıyla görevden alınabilir” hükmünü tamamladığı söylenebilir, çünkü genel kurulun yönetim kurulunca açıklanan finansal tablolardan ve yıllık faaliyet raporlarından memnun olmaması, “önemli bir sebep” teşkil eder” diyerek³⁹, TTK m. 364/1 ile 413/3’ü bağdaştırmaya çalışmaktadır. Ancak bu ifadeler, yazarın, 364 ile ilgili açıklamalarındaki “Buna göre, görev süreleri dolmayan yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi, kural olarak, yılsonu finansal tabloların müzakere edildiği “olağan genel kurul toplantısında” ve daha önceden gündemde bulunması koşuluyla gerçekleştirilir⁴⁰” ifadesi ile çelişir gözükmektedir.

Kanımızca TTK m. 413/3 hükmüne göre, olağan genel kurul toplantılarında finansal tablolarla ilgili hususlara dayandırılan durumlarda önemli sebep araştırmasına hiç gidilmeden yönetim kurulu üyelerinin azli ve yerlerine yenilerinin seçilmesi her zaman mümkündür. Sonuç olarak, TTK m. 413/3 ve TTK m. 364/1 hükümleri birlikte incelendiğinde, yönetim kurulu üyelerinin her olağan genel kurul toplantısında finan-

³⁸ Pulaşlı, Şerh, s. 747.

³⁹ Pulaşlı, Şerh, s. 748.

⁴⁰ Pulaşlı, Şerh, s. 747.

sal tablolarla bağlantılı olarak görevden alınabilecekleri ve yerlerine yenilerinin seçilebilecekleri; finansal tablolarla bağlantılı olmayan bir gündem maddesinin söz konusu olduğu olağan genel kurul toplantılarında ise haklı bir nedene dayanarak gündeme bağlılık kuralına uyulmaksızın yönetim kurulunun görevden alınabileceği söylenebilecektir. Olağan genel kurul toplantılarında yapılan bu ikili ayırım olağanüstü genel kurul toplantılarında yapılmayacak, olağanüstü genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyelerinin azli ile ilgili TTK m. 364/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Yani azil, gündemde olmasa bile, haklı nedene dayanılarak yapılabilecektir.

Gündeme bağlılık kuralının kanunda belirtilen diğer istisnası pay sahiplerinin özel denetim isteme haklarıdır⁴¹. ETK m. 348'deki özel denetçi isteme hakkı, TTK m. 438'de daha ayrıntılı ve farklı bir biçimde düzenlenmiştir⁴²⁻⁴³.

TTK m. 438'e göre; *"her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul istemi onaylarsa, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahke-*

⁴¹ ETK'da özel denetçi isteme hakkı 348. maddede düzenlenmiştir. ETK m. 348/2'de azınlığa tanınan özel denetçi isteme hakkının gündeme bağlılık kuralının istisnasını oluşturduğu öğretide çoğunlukta kabul edilmektedir. **Birsel, Mahmut T:** Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 642; **İmregün, Oğuz:** Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, Ankara 1962, s. 73-74; **Teoman, Ömer:** Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kurulda Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı Ve Gündeme Bağlılık İlkesi, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, -Tüm Makalelerim-, C. I, İstanbul 2000, s. 441. Buna karşın Moroğlu, kanunun diğer maddeleri ile bağlantı kurmak koşulu ile azınlığın, gündemde açıkça yer almasa dahi, genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteyebileceğini savunmaktadır. **Moroğlu, Özel Denetçi, s. 71-72.**

⁴² TTK'nın genel gerekçe kısmında; *".... Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır. Çünkü onun raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek; gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir. Özel denetçi mekanizması işlemezse, azlık haklarından beklenen yarar elde edilemez. 6762 sayılı Kanunda sistem doğru işleliyordu. Çünkü, bir taraftan gündemde madde bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalara yol açıyor, diğer taraftan özel denetçiyi genel kurul seçiyordu. Tasarı, bu aksaklıkları gidermiş, denetçinin mahkeme tarafından seçilmesi sağlanmış ve özel ihtiyaçlara cevap verecek şekilde denetçi yeniden kaleme alınmıştır"* denilerek, yapılan değişikliklere işaret edilmiştir. ETK m. 348'de pay sahibinin özel denetçi atanmasını genel kuruldan talep edebileceği bu kadar açık bir şekilde ifade edilmemesine rağmen, ETK m. 348/1'den yola çıkılarak "paysahibinin ve genel kurulda belli konularda haksız ve asılsız eleştirilere uğrayan yönetim veya denetim kurulları ile bu kurulların üyelerinin istemleri üzerine de genel kurul tarafından özel denetçi" atanabileceği kabul edilmektedir. **Moroğlu, Özel Denetçi, s. 73.** Moroğlu, genel kurulda özel denetçi atanması isteminin bir azınlık hakkı olarak düzenlenmesinin kanunun sistemine uygun olmadığını, kanunda azınlık hakkı olarak düzenlenmesi gereken hususun, mahkemeden özel denetçi atanması istemi olduğunu belirtmektedir. Yazar, herhangi bir pay sahibi tarafından ETK m. 348/1'e göre yapılabilecek bir istemin, azınlık için ETK m. 348/2'deki ek şartlara bağlanmasının hiçbir anlamı olmadığını ifade belirtmektedir. **Moroğlu, Özel Denetçi, s. 73.** Yeni TTK, bu görüşün kabul edildiğini göstermektedir.

⁴³ Özel denetçi konusunda getirilen değişiklik ve yenilikler bir geçiş hükmü öngörülmesini zorunlu kılmıştır. Yürürlük Kanununun 27. maddesine göre; *"Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce atanmış bulunan özel denetçi, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte henüz raporunu vermemişse, görevini Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yerine getirir. Ancak, bu halde özel denetçi isterse, tazminat ödemeksizin veya herhangi bir yaptırıma uğramaksızın, görevinden ayrılabilir"*.

mesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir". Bu düzenlemeye göre özel denetçi isteme hakkı her bir pay sahibine tanınan bireysel bir haktır. Söz konusu hakkın kullanılabilmesi için, pay sahibinin daha önceden denetimi gerekli gördüğü konuya ilişkin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olması şarttır⁴⁴. Ayrıca bu hak belirli olayların⁴⁵ açıklığa kavuşturulması amacıyla kullanılabilir. Yeni düzenlemede, özel denetçi atanmasının gündeme bağlılık kuralının istisnası olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Genel kurul pay sahibinin özel denetim talebini kabul ederse, pay sahibi ya da şirketin başvurusu üzerine, mahkeme özel denetçiyi atayacaktır. ETK m. 348'de özel denetçi genel kurul tarafından atanmaktaydı. Yeni düzenleme kanımızca yerinde olarak bu konuda mahkemeyi yetkili kılmıştır.

Mahkemeye başvuru süresi otuz gündür. Gerekçede bu sürenin hak düşürücü nitelik taşımadığı ve bir düzen hükmü olduğu belirtilmiştir. Genel kurulun talebi reddi durumunda ise TTK m. 439 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, özel denetçi isteminin genel kurulca reddedilmesi durumunda, sadece azınlık, şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinden özel denetçi isteme hakkına sahiptir. TTK m. 439'a göre, azlık ile kastedilen, "sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri"dir. Azlık bu hakkını genel kurulun red kararından itibaren üç ay içinde kullanmalıdır. Gerekçede, hükümden geçen üç aylık sürenin hak düşürücü süre olduğu belirtilmiştir.

C. Toplantı Yeri ve Zamanı

TTK m. 409/3'e göre, anasözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde genel kurul, şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanır. Şirket merkezinin anasözleşmede gösterilmesi zorunludur (TTK m. 339/2/a). ETK m. 371'de de anasözleşmede aksine hüküm yoksa, genel kurul toplantılarının ortaklık merkezinin bulunduğu yerde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Yine ETK m. 279/2/b.1'e göre de anasözleşmede ortaklık merkezinin gösterilmesi zorunludur. Merkezin anasözleşmede, açık bir şekilde il veya ilçe olarak belirtilmesi yeterli olup, ayrıca adresin gösterilmesine gerek yoktur⁴⁶.

⁴⁴ Hükümün gerekçesinde maddenin lafzına rağmen, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim isteyen pay sahibinin aynı kişi olmasının zorunlu olmadığı; bilgi alma ve inceleme hakkının konusu ile özel denetim istenen konunun aynı olmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. TTK m. 438 hükmünün gerekçesi.

⁴⁵ "Belirli" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği gerekçede şu şekilde açıklanmaktadır: "Belirli ile, belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmemiştir. Belirli, olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan anlamına gelir. Belirli konu şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hakim şirketin (işletmenin) kararları veya şirkete verdiği kayıplar olabilir". Bkz. TTK m. 438 hükmünün gerekçesi.

⁴⁶ Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler I, İstanbul 1960, s. 29; Bahtiyar, Mehmet: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 112. Ne var ki Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın İçticaret 2003/3 sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği"nde, ayrıca adresin de anasözleşmeye yazılması gerektiği belirtilmiştir. Buna ilaveten Tebliğ'de "Şirketin merkezi ...'dir. Adres değişikliğinde yeni adres, ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret sicil Gazetesinde ilan ettirilir. Tescil ve ilan edilmiş adrese yapılmış tebligat şirkete yapılmış sayılır. Tescil ve ilan edilmiş adresinden ayrılmış olmasına rağmen, yeni adresini süresi içinde tescil ettirmemiş şirket için bu durum fesih sebebi sayılır" denilmektedir (m. 3/a/cc). Aynı düzenleme mülga 1995/1 sayılı Tebliğ'de de YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Genel kurul toplantılarının şirket merkezinde yapılması kural olmakla birlikte, anasözleşmede genel kurulun şirket merkezi dışında yapılabileceğine ilişkin açık bir hüküm varsa, toplantı çağrısı yapan kişinin uygun göreceği yerde de yapılabilir. Ancak bu durumda genel kurulun toplantı çağrısında toplantının yapılacağı yerin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi zorunludur.

TTK m. 409/3 hükmünün gerekçesinde “Üçüncü fıkrada genel kurulun, esas sözleşmede öngörülme şartıyla şirket merkezinin bulunduğu yer dışında Türkiye’de veya başka bir yerde toplanmasına olanak sağlanmıştır. Toplantının yurt dışında yapılma sorunu ile ilgili olarak, içtihat ve doktrin kapısı açıktır. Tasarıya bu konuda katı bir hüküm konulması uygun bulunmamıştır” denilmektedir. Gerekçenin bu ifadesi kendi içinde tutarsızdır. Zira Kendigelen’in de ifade ettiği üzere, gerekçedeki ilk cümle dikkate alındığında, Türkiye’den başka yer, ancak yurt dışı olabilecektir⁴⁷. Halbuki gerekçenin devamında, genel kurul toplantısının yurt dışında yapılması sorunu ile ilgili olarak Tasarı’nın sustuğu ve çözümün mahkeme kararları ile doktrine bırakıldığı ifade edilmektedir⁴⁸.

Toplantının ne zaman yapılacağına ilişkin Kanunda bir açıklık olmadığından, toplantı Pazar günleri de dahil haftanın her günü yapılabilecektir⁴⁹.

III. GENEL KURULUN TOPLANTIYA ÇAĞRILMASI

A. Çağrıya Yetkili Olanlar

TTK’da genel kurulun toplantıya çağrılmasında çağrıya yetkili olanlar, yönetim kurulu, görevleri ile ilgili konularda tasfiye memurları, pay sahibi ve azınlık olarak sayılmıştır. Yeni düzenlemenin bir gereği olarak, denetçiye genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi tanınmamıştır. TTK’da sayılanlar dışında İİK ve genel hükümler uyarınca iflas idaresi ve kayyımın da genel kurulu toplantıya çağırabileceği kabul edilmelidir. Buna göre, bu sayılanların dışında başka kişi ya da kişilere anasözleşmeye konulacak bir hükümle genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi tanınmaz⁵⁰.

Alman hukukunda ise anasözleşme ile bazı kişilere genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin tanınabileceği açıkça kabul edilmiştir (AktG 121/2). Ancak bu durum kanunen yetkili kılınmış kişi ya da organların genel kurulu davet yetkisini ortadan kaldırmaz; anasözleşme ile bazı pay sahiplerine ya da pay sahibi gruplarına, yönetim

bulunmaktaydı. Söz konusu tebliğ hükmü, kanunda yer almamasına rağmen adres gösterme ve adres değişikliklerinin tescil ve ilanı zorunluluğu getirmesi ile yeni adresin süresi içinde gösterilmemesinin bir fesih nedeni olarak sayması açılarından öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. **Kendigelen, Abuzer:** Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ’inin Hukuki Açından değerlendirilmesi, Ticaret Kürsüsünde On Beş Yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 178-182; **Bahtiyar,** Anasözleşme, s. 113.

⁴⁷ **Kendigelen,** İlk Tespitler, s. 263, dn. 96.

⁴⁸ Kendigelen, burada aslında, madde metnine paralel olarak şirket merkezi denilmesi gerekirken, gerekçe hatalı şekilde Türkiye denildiğini ifade etmektedir. **Kendigelen,** İlk Tespitler, s. 263.

⁴⁹ **Pulaşlı,** Şerh, s. 725.

⁵⁰ **Pulaşlı,** Şerh, s. 716. Bu noktada Moroğlu, ETK yönünden anasözleşme ile verilecek yetkinin dayanacağının açık kanun hükmü olması durumunda anasözleşme ile davet yetkisinin tanınabileceğini; aksi durumda sadece kanunen yetkili ve görevli olan organ ve kişilerin genel kurulu toplantıya davet edebileceklerini belirtmektedir. **Moroğlu,** Hükümsüzlük, s. 82.

kurulu başkanına veya üyelerinden bazılarına ya da bir ticari temsilciye genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi tanınabileceği kabul edilmektedir⁵¹.

İsviçre Hukukunda, kanunda açıkça yer almamasına rağmen, genel kurulda, ilerde genel kurul toplantısı yapılması için öneride bulunulabileceği, karar alınabileceği ve genel kurulun, genel kurul tarafından da toplantıya çağrılabilmesi kabul edilmektedir⁵².

Türk Hukuku bakımından PULAŞLI da genel kurulun genel kurul toplantısına ilişkin çağrı yapmasına ve bunu genel kurul kararında belirtmesine hukuken herhangi bir engel olmadığını ifade etmektedir⁵³.

Kanaatimizce, genel kurulun daha sonraki bir tarih için kendisini toplantıya çağırması, pratik bir yöntem olmadığı gibi, böyle bir yöntem kabul edilse dahi, kanun hükümleri karşısında bunun, davetsiz toplantı usulüne uyma veya davetli toplantı için davet ve ilan gereklerini karşılama zorunluluğunu ortadan kaldırması düşünülemez. Buna karşılık, genel kurulun, daha sonraki bir tarihte toplanmak amacıyla alacağı bir karar, yapılacak toplantı tarihi ve hazırlık çalışmalarının ifası bakımından yönetim kuruluna yönelik bir talimat niteliğinde sayılabilir.

1. Yönetim Kurulu

İster olağan isterse olağanüstü toplantı olsun, genel kurulu davet etme yetkisi yönetim kurulundadır. Yönetim kurulu, bu yetkisini, karar alarak kullanır. Zamanı gelmesine rağmen olağan toplantı davetine karar verilmemesi veya ihtiyaç var iken olağanüstü toplantı çağırması yapılmaması durumunda yönetim kurulunun sorumluluğu doğar (TTK m. 553).

TTK m. 410'da bir yenilik olarak, görev süresi dolan yönetim kurulu üyelerinin de genel kurulu toplantıya çağırabileceği öngörülmüş⁵⁴; görev süresi dolan yönetim

⁵¹ **Baumbach/Hueck:** Aktiengesetz, Kurzkommentar, München 1968, § 121, N. 6; **Bruno Kropff/Johannes Semler:** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2004, § 121, N. 22, 24.

⁵² **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel,** § 23, N. 38.

⁵³ **Pulaşlı,** Şerh, s. 718.

⁵⁴ ETK'da açık bir düzenleme olmadığı için bu konu tartışmalıdır. Bir görüş, kanunda veya anasözleşmede belirtilen süreleri dolmuş YK üyelerinin sıfat ve yetkilerinin sona ereceğini ve sona ermeden sonra yapılan işlemlerin geçersiz olduğunu kabul eder. **Moroğlu, Erdoğan:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri İle Denetçilerinin Görev Süreleri, Makaleler, İstanbul 2010, s. 417-418; **Bahtiyar,** Ortaklıklar, s. 131-132. Diğer görüş ise, üç yıllık görev süreleri dolmasına rağmen ortaklık adına işlem yapan yöneticilerin iç ilişkide vekaletsiz iş gören sayılacakları, dış ilişkide ise tescile kadar geçecek sürede yaptıkları işlemlerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı BK m. 452'ye kıyasen ortaklığı bağlayacağı; üç yıldan daha kısa bir süre saptanmış ve bu süre dolmuş ise, yeni üyeler seçilinceye ve tescil edilinceye dek eski üyelerin üç yılı aşmamak üzere göreve devam etmelerinin BK m. 397/2'nin ruhuna uygun olacağı, bu durumda söz konusu kişilerin genel kurulu toplama ve yeni yönetim kurulunun oluşturulmasını sağlama yetki ve yükümlülüklerinin süreceğini savunmaktadır. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),** Ortaklıklar, N. 549a; **Domaniç, Hayri:** Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 379-381. Ancak süresi biten yönetim kurulunun genel kurulu davet yetkisini kabul edip, diğer yönetim yetkilerinin bulunmadığını kabul etmek açık bir çelişki oluşturduğu gibi, böyle bir iddianın yasal dayanağı da bulunmadığı, ayrıca, bir yandan kanunda öngörülen üç yıllık sürenin emredici nitelikte olduğunu kabul edip, diğer yandan söz konusu sürenin sona ermesi halinde kendiliğinden uzayacağı görüşünü benimsemenin çelişki yaratacağı, öğretilde belirtilmektedir. Bkz. **Moroğlu,** Görev Süreleri, s. 418; **Bahtiyar,** Ortaklıklar, s. 132.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma yetkisini açıkça kabul edilerek, uygulamada sorun yaratan, güçlülere sebep olan bir konu çözüme bağlanmıştır⁵⁵.

2. Payscale

Uygulamada, özellikle gruplar arasındaki çekişme ve uyuşmazlık dolayısıyla yönetim kurulunun toplanamaması, üye eksikliğinden veya bazı azınlık haklarının kötüye kullanılması sonucu toplantı nisabının gerçekleşmemesi, yönetim kurulunun toptan istifa veyahut kaza gibi nedenlerle mevcut olmaması hallerine oldukça sık rastlanmaktadır. Böyle durumlarda kilitlenmeye giren ortaklığın çıkar yol bulabilmesi için genel kurulun toplanabilmesi gerekir⁵⁶.

ETK sisteminde genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi, yönetim kurulu, denetçi/ler, azınlık, tasfiye memurları, kayyım ve iflas idaresine aittir. Payscaleine bireysel olarak genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi verilmemiştir. Buna rağmen, Komiserler Yönetmeliği'nde "Ortaklarının tamamı, imzaları noterce onanmış bir yazı ile, genel kurul olarak toplanmak istediklerini Bakanlığa bildirmeleri durumunda, GK yalnız şirket organlarının oluşturulması amacıyla toplanabilir" hükmü yer almaktadır (m. 9/g).

HELVACI'nın belirttiği üzere, bu yönetmelik hükmü ile anonim ortaklıklarda genel kurulu toplantıya çağırma yetkili olanlara gereksiz bir ekleme yapılmıştır⁵⁷. Zira pay sahipleri zaten aralarından hiç birinin itirazda bulunmaması şartıyla ETK m. 370 uyarınca çağrısız olarak toplanma ve istedikleri konuyu görüşme hakkına sahiptir. Bu açıdan Yönetmelik hükmü ETK m. 370'e rağmen, ortakların, sadece ortaklığın organlarını oluşturmak amacıyla genel kurul toplantısı yapmalarını, kanunda öngörülme-yen şartlara bağlamaktadır. Kanunda düzenlenmeyen bir hususun Yönetmelik hükmü ile düzenlenmesi hukuka uygun değildir⁵⁸.

TTK m. 410/2'de ise, genel kurulun toplanmasının kolaylaştırıcı yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hükme göre; bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu toplanamıyor ya da toplanmasına rağmen genel kurulu toplantıya çağırarak kararı alamı-yorsa veyahut da yönetim kurulu mevcut değilse, tek payın sahibi mahkemeye başvurarak kendisine genel kurulu toplantıya çağırma izni verilmesini talep edebilir⁵⁹. Anı-

⁵⁵ Düzenlemenin, seçimine ilişkin genel kurul kararı sonradan kesin hükümle geçersiz hale gelen yönetim kurulu tarafından yapılmış olan davetlerin de geçersiz sayılması sorununa açıklık getirmemiş olması bakımından eksik olduğu yolunda bkz. **Moroğlu**, Tasarı, s. 231.

⁵⁶ Bu konuda bkz. TTK m. 410/2 hükmünün gerekçesi.

⁵⁷ Tespit için bkz. **Helvacı**, s. 34.

⁵⁸ Yönetmelik hükmünün bu yöndeki haklı eleştirisi için bkz. **Helvacı**, s. 34-35.

⁵⁹ Hükmün gerekçesine dair Adalet Komisyonu Raporunda, "Eklenen bu ikinci fıkra hükmünün, bir çok varsayımda 530 uncu madde anlamında organ yokluğuna engel olabileceği de düşünülmektedir. Uygulamada, çeşitli sebeplerle, özellikle gruplar arasındaki uyuşmazlık ve çekişme dolayısıyla toplantı nisabının gerçekleşmemesi, toptan istifa yahut kaza gibi nedenlerle yönetim kurulunun mevcut olmaması halleri-ne, özellikle ilk iki hale sıkça rastlanmaktadır. Bu durumda kilitlenmeye giren şirketin çıkar yol bulabil-mesi için genel kurulun toplanabilmesinin sağlanması gerekmektedir. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın uygulaması, bir kısım hallerde tüm pay sahiplerinin noterde beyanda bulunarak genel kurulu toplantıya çağırma şeklidir. Ancak bu şartın gerçekleşmesi her zaman kolay olmamaktadır. İkinci fıkra tüm bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla kaleme alınmıştır. Kötüye kullanmalara engel olmak için

lan düzenleme ile TTK m. 530 anlamında organ yokluğunun da önüne geçilebilecektir.

3. Azınlık⁶⁰

ETK'nin 366. maddesinde azınlığın gerektirici sebepleri bildiren yazılı talepleri üzerine, yönetim kurulunun genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmesi veya genel kurul zaten toplanacaksa gündeme madde eklemesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Yönetim kurulu bu talebi dikkate almazsa azınlık denetçilere başvurabilir. Denetçiler de dikkate almazsa azınlık mahkemeye gidebilir. ETK, azınlığın genel kurulu toplantıya davetini aşamalı olarak düzenlemiştir. Önce yönetim kuruluna, yönetim kurulu tarafından talep dikkate alınmazsa denetçilere, onlarda dikkate almazsa en son mahkemeye gidilir. ETK m. 366'ın lafzı sanki azınlığın bu yola ancak olağanüstü genel kurul toplantısı için gidebileceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Zira hükmünde açıkça fevkalade toplantı ibaresi geçmektedir. Hükmün devamı genel kurul zaten toplanacaksa gündeme madde eklenmesini isteyebilir şeklinde olduğu için sanki azınlık olağan genel kurul toplantıları için ancak gündeme madde eklenmesini isteyebilir şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Halbuki, toplanacak olan olağan genel kurul değil, olağanüstü genel kurul da olabilir. Bu takdirde de azınlık, gündeme madde eklenmesini isteyebilecektir. Şu durumda, maddenin lafzına rağmen ister olağan genel kurul ister olağanüstü genel kurul toplantısı olsun azınlık hem çağrı talebinde hem de gündeme madde eklenmesi talebinde bulunabilmelidir. Olağan genel kurul toplantısına çağrı için de ETK m. 366'da belirtilen usul ve şartlar dairesinde hareket edilmesi zorunludur⁶¹.

TTK'ya göre, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler. Anasözleşme ile, çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir. Çağrı istemi noter aracılığı ile yapılır. Yönetim kurulu çağrıyı kabul ettiği takdirde, genel kurul en geç kırk beş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılır; aksi halde çağrı istem sahiplerince yapılır (TTK m. 411). Görüldüğü üzere, kanunkoyucu genel kurul ibaresine yer vererek, olağan-olağanüstü genel kurul ayrımını isabetli bir şekilde ortadan kaldırmıştır. Yine, çağrı istemi ETK'dan farklı olarak noter aracılığıyla yapılacaktır. Böylece, uygulamada çağrı için yönetim kuruluna baş-

paysahibinin bu çağrıyı mahkeme kararıyla yapabilmesi uygun görülmüştür. İşin niteliği mahkeme kararının kesin olmasını gerektirmektedir. Bu kararın dosya üzerinden mi yoksa duruşmalı mı verilmesi gerektiği hususunda bir düzenleme yapılmayıp, bu somut olayın özelliklerinin dikkate alınabilmesi için mahkemenin takdirine bırakılmıştır" denilmektedir.

⁶⁰ TTK'da, ETK'da olduğu gibi "azlık" sözcüğü kullanılmış ise de, kanımızca "azlık" ifadesi yerine, anlamı ve sözlüklerde yeri olan "azınlık" terimi tercih edilmeliydi. Azınlık ifadesinin kamu hukukunda özel ve siyasi bir anlamı olduğu düşünülebilirse de, Ticaret Hukukunda bu sözcük genellikle tek başına değil, "azınlık paysahipleri" biçiminde ifade edildiği, hatta yalnız kullanılsa dahi özel hukuk alanında kavrama farklı bir anlam yüklenmiş olacağı için, kamu hukukundaki azınlık kavramı ile karıştırılma olasılığı yoktur. Öneri için bkz. Moroğlu, Tasarı, s. 3; aynı yönde Bahtiyar, Mehmet: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Makaleler, C. II, İstanbul 2008, s. 180.

⁶¹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 670.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

vuru tarihinin belirlenmesinde çıkan uyuşmazlıkların önüne geçilmiştir. Gerekçede 45 günlük sürenin başlangıcının yönetim kurulunun karar tarihi olduğu ifade edilmiştir⁶².

TTK m. 412'de azınlığın çağrıya ilişkin talebi yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde cevap verilmediği takdirde⁶³, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağırılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin karar verebileceği düzenlenmiştir. Mahkeme çağrı yapılmasını uygun bulursa bir kayyım atar ve kararında kayyımın yetkilerini gösterir. Zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinden karar verir; karar kesindir⁶⁴.

4. Tasfiye Memurları

Tasfiye halindeki ortaklıkta tasfiye işlerine yönelik olarak GK'yı toplantıya çağırma yetkileri mevcuttur (TTK m. 410/1).

5. İflas İdaresi

İİK uyarınca, iflas yoluyla tasfiyede, müflis ortaklığın yasal temsilcisi iflas idaresi olduğu için, genel kurulu toplantıya çağırabilecektir.

6. Kayyım

Ortaklık yönetim organından yoksun kalmış ve mahkemece yönetim kurulu yerine kayyım atanmışsa, kayyım da toplantı çağrısı yapabilir⁶⁵.

B. Toplantıya Çağrı Usulü

Çağrı ve davet usulü yönünden iki tür toplantının ayırt edilmesi gerekir: Davetli (Çağrılı) ve Davetsiz (Çağrısız) toplantı.

1. Davetli Genel Kurul

Genel kurul toplantılarına tüm pay sahiplerinin katılımının sağlanabilmesi ve pay sahipliği haklarını etkin bir şekilde kullanma imkanının yaratılabilmesi için, top-

⁶² Bkz. TTK m. 411 hükmünün gerekçesi.

⁶³ Madde metninde belirtilen yedi iş günlük süre, madde gerekçesinde "...Talebe beş gün içinde olumlu cevap verilmediği..." denilerek beş gün olarak geçmektedir.

⁶⁴ Karş. Yukarda, dn. 57'de aktarılan, TTK. 410'a dair Adalet Komisyonu Raporu.

⁶⁵ "...Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davacının eşinin ölümü ile davalı şirketin ortak sayısının dörde düştüğü ancak yapılan hisse devri ile tekrar beş ortaklı olduğu, yönetim ve denetim kurullarının görev süresinin dolduğu, organsız kalan davalı şirkete TTK m. 435. maddesine uygun işlem yapmak üzere kayyım atandığı, kayyımın genel kurulu toplamasına rağmen, yönetim kurulu ile denetim kurulunun seçilmesi için yeterli karar nisabının oluşmadığı, şirkette organ boşluğunun giderilemediği gerekçesi ile davanın kabulü ile davalı şirketin TTK 435. maddesi gereğince fesih ve tasfiyesine karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesine, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesine usul ve yasaya aykırı yön bulunmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir". 11. HD., T. 14.12.2009, E. 2009/9660, K. 2009/12841, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Anonim ortaklıklara kayyım atanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Türkoğlu, Ferah:** Anonim Ortaklıklarda Organ Boşluğu Ve Ortaklığa Kayyım Atanması, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/II, s. 127-149.

lantılardan pay sahiplerinin haberdar edilmesi ve görüşülecek konuların önceden bildirilmesi zorunludur⁶⁶.

Bir çağrı (davet) üzerine yapılacak toplantılarda davetin şekli m. 414'de belirlenmiştir. Davet ilanı, anasözleşmede gösterilen şekilde, ortaklığın internet sitesinde⁶⁷ ve ayrıca TTSG'de yapılır. Bu davet ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. TTK m. 414/2'de çağrı konusunda SerPK m. 11 hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir. Ancak TTK m. 330 karşısında bu fıkra gereksizdir⁶⁸.

İlana ek olarak, pay defterinde yazılı pay sahipleriyle, önceden şirkete pay sendi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek, adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla⁶⁹ bildirilir. Ayrıca kanunda bildirilen bir takım belgelerin genel kurul toplantısından en az 15 gün önce, ortaklık merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemelerine hazır bulundurulmaları gerekir (TTK m. 437/1). Bu son fıkra pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarını bilinçli ve etkin bir şekilde kullanma amacına hizmet etmektedir⁷⁰.

Hükümde pay sahiplerine gönderilecek mektuplar için bir süre öngörülmemiştir. Ancak TTK m. 414/1'de çağrının "ilan ve toplantı günü hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce" yapılmasını şart koşan hükmü burada da uygulanmalıdır⁷¹.

2. Davetsiz GK (TTK m. 416)

Tüm ortaklar veya temsilcilerinin hazır bulunması ve aralarından birisinin itiraz etmemesi durumunda davet usulüne uyulmaksızın toplantı yapılabilir (TTK m. 416). Özellikle küçük ve aile tipi anonim ortaklıklarda yaygın olarak kullanılan bu usulde,

⁶⁶ Ansay, s. 171; Pulaşlı, Şerh, s. 719.

⁶⁷ TTK m. 414/1'de, çağrı ilanının TTK m. 1524/1 gereğince ortaklığın internet sitesinde de yapılması gerektiği belirtilmiştir.

⁶⁸ TTK m. 330'a göre; "Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır". Esasen bu hüküm olmasaydı dahi, SerPK. 1/İP'den hareketle de aynı sonuca varılabirdi.

⁶⁹ ETK m. 368'de ilgililere gönderilecek mektubunun taahhütlü olması gerektiği belirtilmişken, yeni düzende iadeli taahhütlü mektup öngörülmüştür. Karş. TTK m. 18/3 ve ETK m. 20/3. Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih ya da sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar veya ihtarlar noter aracılığıyla veya taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta ile yapılır (TTK m. 18/3). Yeni düzenleme ETK m. 20/3'de öngörülen iadeli taahhütlü mektup yerine bu sefer taahhütlü mektubu benimsemiştir.

⁷⁰ Pulaşlı, Şerh, s. 721. Pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı genel olarak TTK m. 437'de düzenlenmiştir. Hükme göre; "Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporları ve yönetim kurulunun kar dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az on beş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir bilançosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir" Yine aynı hükümde, pay sahiplerine tanınan bilgi alma ve inceleme hakkının, anasözleşmeyle ya da şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamayacağı ve sınırlandırılmayacağı da kabul edilmiştir (TTK m. 437/6).

⁷¹ Aynı yönde Pulaşlı, Şerh, s. 720.

davete dair olanlar dışındaki görüşme, oy kullanma, karar yetersayılarına uyma ve karar alma, tutanak düzenleme gibi hükümlere uyulması gerekmektedir.

ETK'nın 370. maddesinde de davetsiz genel kurul düzenlenmiştir. Ancak bu hükümde açık bir düzenleme bulunmadığı için, toplantının başında itiraz etmeyen bir veya birkaç ortağın, toplantı başladıktan sonra salonu terk etmesi halinde toplantıya devam edilip edilmeyeceği ve o ana kadar alınan kararların geçerli sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Gerek doktrinde gerek Yargıtay içtihatlarında baskın olan görüş, ETK m. 370'e göre toplanan genel kurulda pay sahiplerinden ya da temsilcilerden birinin toplantıyı terk etmesi halinde, terk olgusunun gerçekleştiği andan itibaren toplantının genel kurul niteliğini kaybedeceği ve o andan itibaren alınan kararların yoklukla malul olduğu yolundadır. Yani bütün pay sahipleri ya da temsilcilerinin toplantıda hazır bulunması sadece toplantının açılışında değil, aynı zamanda toplantının devamı boyunca da aranacak bir şarttır⁷².

Aksi görüşteki DURAL ise, madde gerekçesinden hareket ederek, amacın çağrı prosedürünü ortadan kaldırmak olduğunu, bu nedenle de bu şartın toplantının başında aranmasının daha doğru olacağını belirtmektedir. Buna göre, bazı ortaklar toplantıyı terk etmesine rağmen toplantı devam eder ve gündeme ilişkin gerekli toplantı yetersayısı oluştuğu sürece geçerli karar alınabilir⁷³.

TTK m. 416, uygulamada tartışmalı olan bu hususu, toplantının niteliğine uygun olarak çözüme kavuşturmuştur⁷⁴. Buna göre, davetsiz bir genel kurul toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilir. Böylece, bir pay sahibinin toplantıyı terk etmesi ile çağrısız genel kurulun karar alabilme yeteneği ortadan kalkar⁷⁵. Çağrısız genel kurulun karar alabilme ehliyeti, sadece toplantının açılışında değil, toplantı süresince de aranır⁷⁶.

TTK. 416/2'de, çağrısız toplanan genel kurulda, gündeme oybirliği ile madde eklenebileceği ve bunun aksine anasözleşme hükmünün geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Buna göre; çağrısız genel kurulda da kural olarak gündeme bağlılık ilkesi geçerli olduğundan, genel kurulda tüm pay sahiplerinin alacakları kararlar gündeme madde

⁷² Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 103-104; Tekinalp, Ünal: Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TTK m 370), İkt. Mal. C. XV, S. 4, s. 157.

⁷³ Dural, H. Ali: Çağrısız Toplanan Genel Kurulda Pay sahiplerinden Birinin Toplantıyı Terk Etmesi, Alman Kararlarının Geçerliliğini Etkiler mi?, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s. 374-376.

⁷⁴ Kendigelen de bu düzenleme ile uygulamada gündeme gelen sorunların çözülmek istendiğini belirtmektedir. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268.

⁷⁵ İsviçre Hukukunda da çağrısız genel kurul toplantısından bir pay sahibinin sonradan ayrılması ya da bu toplantıya itiraz etmesi durumunda toplantının sona ereceği kabul edilmektedir. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23, N. 6. Her pay sahibinin çağrısız genel kurul toplantısı yapılmasını önleyebilecek bir veto hakkı olduğu yolunda, aynı eser, § 23, N. 6; ayrıca, Pulaşlı, Şerh, s. 722.

⁷⁶ Moroğlu, pay sahiplerinden veya temsilcilerinden herhangi birinin itirazda bulunmama koşulunun sadece toplantıya başlayabilmek için değil, karar alabilmek için de arandığını belirterek, 416. maddenin ilk fıkrasının "Bütün pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunmaları, aralarından hiç birinin yapılacak toplantıya veya alınacak kararlara itiraz etmemesi ve ayrıca genel kurula katılmaya ve toplantıya ilişkin hükümlere uyulması koşuluyla, çağrı merasimine uyulmaksızın da genel kurul olarak toplanıp karar alınabilir" şeklinde olması gerektiğini ifade etmektedir. Moroğlu, Tasarı, s. 220.

eklenebilir. Anasözleşmeye bunun aksine bir hüküm konulamaz, konulsa da geçersizdir.

Öğretide, özel bir gündem maddesi ile toplanması zorunlu olmayan, dolayısıyla da kural olarak gündemi de toplantı sırasında kararlaştırılan ve ancak toplantı nisabı bulunduğu sürece karar alması mümkün olan çağrısız genel kurulun gündemine oy birliği ile madde eklenmesinin hükme bağlanmasının gereksiz olduğunu ifade edilmektedir⁷⁷.

3. Tek Kişilik Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantısında Çağrı Usulü

Tek kişilik anonim şirketlerde genel kurul kural olarak çağrısız toplanır⁷⁸. Ancak tek kişiye ait pay veya pay senetleri üzerinde intifa hakkı varsa (TTK m. 432/2) ya da rehin hakkı kurulmuş olup da rehin sözleşmesiyle oy hakkı rehin alacaklısına tanınmışsa, genel kurul toplantısının çağrılı yapılması gerekir⁷⁹.

IV. GENEL KURUL TOPLANTISINA KATILMA YETKİSİ

A. Payscale

1. Genel Olarak

Payscale, payın veya pay senedinin maliki olan gerçek veya tüzel kişidir⁸⁰. Payscale, paylarından doğan haklarını kullanmak için genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan ya da olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir. Dolayısıyla genel kurul aslında payscaleleri genel kuruldur⁸¹.

Genel kurula katılma hakkının payscale için vazgeçilmez nitelikte bir hak olduğu belirtilmektedir⁸². “Vazgeçilmez hak” kavramı, TTK. 447 ve 452’de de kullanılmış olmakla birlikte, bu kavramın ne olduğu madde gerekçelerinde açıklanmamış,

⁷⁷ Moroğlu, Tasarı, s. 220; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268.

⁷⁸ Pulaşlı, Şerh, s. 712; Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 163. Tekinalp, tek kişilik anonim şirketlerde tek payscalebinin paylarının tümüyle genel kurula katılmayabileceğini, ancak paylarını bölüp farklı kişilere temsil yetkisi vererek farklı yönlerde oy kullanamayacağını belirtmektedir. Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 163. Pulaşlı ise, tek kişilik anonim şirketlerde genel kurulda çağrısız genel kurulda olduğu gibi tüm payların temsil edilmesi gerekli olduğundan, tek payscalebinin paylarının sadece bir kısmı ile genel kurula katılmasının ve genel kurul yapılmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Pulaşlı, Şerh, s. 713.

⁷⁹ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 169; Pulaşlı, Şerh, s. 712.

⁸⁰ TTK m. 486/2’de yönetim kurulunun, hamiline yazılı payların bedellerinin tamamının ödenmesinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp ilgili payscalelerine dağıtması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanunda nama yazılı pay senedi çıkartılmasına ilişkin olarak bir zorunluluk öngörülmemiştir. Bunun istisnası, azınlığın istemde bulunmasıdır. TTK m. 486/3’e göre “Azlık istemde bulunursa nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır”. Kanımızca, bu fıkrada geçen “...pay senedi sahipleri” ibaresi, yanlış anlama ve uygulamalara yol açabilecek nitelikte olup, bunu, hak sahipleri biçiminde anlamak gerekir.

⁸¹ Dubs/Truffer, Basler Kommentar, Art. 698, N. 3.

⁸² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 870, 942; Kaya, Arslan: Anonim Ortaklıkta Payscalebinin Bilgi Alma Hakkı, İstanbul 2001, s. 76, dn. 144.

yalnızca, vazgeçilmez hakların bir yönden mütesep hakların bir türü olduğu, diğer yönden belirtilen haklardan tamamen farklı özellikleri olduğu ifade edilmiştir⁸³.

Öğretide yapılan açıklamalara göre, sınırlanması ya da tamamen kaldırılması pay sahibinin rızasına bağlı olmayan, pay sahibinin yoksun bırakılmayacağı haklar, vazgeçilemez haklardır. Bu haklar yalnızca pay sahibinin menfaatini korumakla kalmaz, aynı zamanda ortaklığın temel yapısını da korurlar⁸⁴. Vazgeçilmez hakların ortadan kalkması yalnızca pay sahiplerinin çıkarlarını değil aynı zamanda, kamu düzenini de yakından ilgilendirdiği için, pay sahipleri kişisel olarak bu hakları sınırlandıramaz ve bu haklardan vazgeçemezler⁸⁵. Bu nedenle, anonim ortaklığın temel niteliklerinden doğan bu haklardan önceden ve tamamen feragat etmek mümkün değildir. Buna yönelik anasözleşme hükümleri de geçersizdir⁸⁶. Bununla birlikte hakkın özüne dokunmamak, ona zarar vermemek şartıyla, pay sahibi somut olayda o hakkı kullanıp kullanmamakta özgürdür. Vazgeçilemez haklar ancak kanunda açıkça gösterilen oranda sınırlandırılabilir. Bu anlamda bu tür haklarda oransallık ilkesi uygulanmaz. Mutlak anlamda eşitlik ilkesi geçerlidir⁸⁷.

TEKİNALP vazgeçilmez haklardaki özelliğin “*pay sahibi hakkı görünümünde olmakla beraber, gerçekte anonim ortaklığın niteliklerini ve yapısını simgeleyen ilkerin hak olarak somutlaşması*” olduğunu belirtmektedir⁸⁸.

Genel kurula katılma hakkı dışında pay sahibinin dava açma hakları, asgari oy hakkı ve yine pay sahibinin anonim ortaklığın temel yapısı üzerindeki hakları ile sermayenin korunması ilkesinden doğan hakları vazgeçilmez nitelikteki haklara örnek olarak verilmektedir⁸⁹.

TTK m. 447’de, pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararlarının batıl olduğu hükme bağlanmıştır.

2. Genel Kurula Katılmaya Yetkili Olan Pay Sahiplerinin Belirlenmesi

TTK m. 415/1’e göre; genel kurul toplantısına yönetim kurulu tarafından düzenlenen “hazır bulunanlar listesi”nde adı yazılı pay sahipleri katılabilir. TTK m. 417/1’de, yönetim kurulunun bu listeyi hazırlarken, kayden izlenen paylar bakımından SerPK’nın 10/A maddesini de dikkate alması gerektiği belirtilmiştir. Genel kurula katılabilmek için gerçek kişilerin kimlik göstermesi, tüzel kişi temsilcilerinin de vekaletname ibraz etmeleri şarttır (TTK m. 415/2).

Hamiline yazılı pay senedi sahipleri, genel kurulun toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı almak ve toplantıya

⁸³ Vazgeçilmez ve mütesep hak kavramlarına yönelik eleştiriler için özellikle bkz. **Moroğlu**, Tasarı, s. 249 vd.

⁸⁴ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 199.

⁸⁵ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 39, N. 110; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 870c.

⁸⁶ **Arslanlı**, AŞ, C. I, s. 258.

⁸⁷ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 199.

⁸⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 870c.

⁸⁹ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 199-200.

katılırken bu kartları ibraz etmekle yükümlüdürler⁹⁰. Ancak, giriş kartı verilmesinden sonraki bir tarihte, hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan pay sahipleri de genel kurul toplantısına katılabilir (TTK m. 415/3). Genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı, pay sahibinin bu sıfatını kanıtlayan belgeleri depo etmesi şartına bağlanamaz (TTK. 415/4).

Yönetim kurulu, kayden izlenmeyen paylar ile ilgili olarak genel kurula katılabilecekler listesini düzenlerken, senede bağlanmamış bulunan veya nama yazılı paylar ile ilmühaber sahipleri için pay defteri kayıtlarını, hamiline yazılı pay sahipleri bakımından da giriş kartı alanları dikkate alır (TTK m. 417/2). Yönetim kurulunun kayden izlenen paylar bakımından hazır bulunanlar listesinin içeriği ile ilgili bir sorumluluğu ise bulunmamaktadır. Zira kayden izlenen paylar açısından, hazır bulunanlar listesinin yerini bir Merkez çıktısı olan “paysahipleri listesi” almıştır⁹¹.

Yönetim kurulu SerPK m. 10/A uyarınca genel kurula katılabilecek kayden izlenen paysahiplerine ilişkin listeyi, Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlayacağı “paysahipleri çizelgesine” göre düzenler (TTK m. 417/1). Bu çizelgenin Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlanmasına ilişkin usul ve esaslar Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğ ile düzenlenir (TTK m. 417/4). Listede paysahiplerinin adları, yerleşim yerleri, sahip oldukları pay ve pay senedinin sayısı, imtiyazlı payların adedi ve sermaye miktarlarıyla toplantıya asaleten veya temsil yoluyla katılacakların imza yerleri belirtilir. Bu asgari içeriktir. Listedeki eksiklik ve hatalardan YK ve -kayden izlenen paylar bakımından- Merkezi Kayıt Kuruluşu nedeniyle SPK sorumludur⁹².

B. Denetçiler ve Yönetim Kurulu Üyeleri

ETK m. 353’de denetçilerin görevleri arasında genel kurul toplantılarında hazır bulunmaları da sayılmıştır⁹³.

⁹⁰ ETK m. 360/3’e göre, hamiline yazılı pay senetleri sahipleri, pay senetlerini veya bunlara sahip olduklarını gösteren belgelerini genel kurul toplantısı için belirlenen günden bir hafta önce ortaklığa tevdi etmek zorundadır. Hamiline yazılı pay senetlerinin ortaklığa tevdi için belirlenen bir haftalık sürenin anasözleşme yolu ile makul bir biçimde uzatılması mümkün olmasına rağmen kısaltılması geçersizdir. **Tekinalp (Proy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 967. Buna rağmen öğretilde Arslanlı, söz konusu hükmün ortaklık lehine getirilmiş bir hüküm olduğunu, dolayısıyla ortaklığın kanunun kendisine sağladığı bu korumadan vazgeçerek bu süreyi kısaltabileceği gibi, tamamen ortadan kaldırarak pay senetlerini veya bunlara mutasarrıf olduklarını gösteren belgeleri zamanında tevdi etmeyen kimselerin genel kurula katılmasına dahi izin verilebileceğini savunmaktadır. **Arslanlı**, AŞ, II-III, s. 29. Teoman ise, bu sürenin ortaklık yararına konulmuş olduğunu belirtmekle birlikte, Arslanlı’nın sürenin kısaltılabileceği şeklindeki görüşüne katılmamaktadır. Yazar, kısaltmanın ancak ortaklığın çağrı ilanında paylarını tevdi etmeyen kişileri de genel kurula kabul edeceğini açıklamış olması halinde geçerli sayılması gerektiğini, aksi halde toplantının yapılacağı yerden uzakta bulunan paysahiplerinin genel kurula katılma ve oy kullanma haklarının önemli derecede kısıtlanmış olacağını belirtmektedir. **Teoman, Ömer**: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oydan Yoksunluğu, İstanbul 1983, s. 153-154 ve dn. 76.

⁹¹ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 174.

⁹² **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 175.

⁹³ Bu durumun, genel kurul toplantılarında denetçilerin bilgi verme yükümlüsü olarak kabul edilmelerinin bir sonucu olduğu yönünde bkz. **Kaya**, s. 170.

Yönetim kurulu üyeleri için genel kurul toplantısında hazır bulunma zorunluluğuna ilişkin olarak ETK'da açıklık bulunmadığından konu iki farklı şekilde değerlendirilmiştir⁹⁴:

Bir görüş uyarınca, Kanunda açık düzenleme olmadığı için pay sahibi olması zorunlu olan yönetim kurulu üyeleri için de pay sahipleri için geçerli olan genel kural uygulanır. Buna göre YK üyeleri için genel kurul toplantısına katılmak bir borç değil, bir haktır. Anasözleşmede şahsen katılmaya ilişkin bir şart öngörülmediği sürece, YK üyeleri genel kurul toplantısına hiç katılmayabilecekleri gibi, dilerlerse kendilerini temsil ettirme olanağına da sahiptirler⁹⁵.

Diğer görüşe göre ise, ETK'daki boşluk, bilinçsiz veya gerçek olmayan bir boşluktur. Zira kanundaki pek çok düzenleme YK üyelerinin bizzat genel kurul toplantısında hazır bulunmasını zorunlu tutmaktadır. Yönetim kurulu toplantılarında dahi temsil caiz olmadığına göre, genel kurul toplantılarında da temsil söz konusu olmamalıdır. Teoman ikinci değerlendirmeye üstünlük tanımakta ve bu zorunluluğun anasözleşme ile dahi kaldırılamayacağını kabul etmektedir. YK ile ortaklık arasındaki ilişkinin genellikle vekalet sözleşmesine dayandığı düşünülürse, YK üyelerinin özen ve sadakat yükümlülükleri de bu kişilerin genel kurul toplantısına bizzat katılmalarını zorunlu kılacaktır. Yine bilgi alma ve inceleme hakkının muhatabı doğrudan yönetim kuruludur. Bu hakkın tam olarak uygulama alanı bulması için YK'nın toplantıda hazır bulunması gerekir⁹⁶.

TEOMAN, olması gereken hukuk açısından YK üyelerinin bizzat genel kurul toplantısında bulunması gerekliliğinin bir kanun hükmü ile düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur⁹⁷.

Farklı görüşlere yol açan bu sorun, TTK'da çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. TTK'ya göre, murahhas üyelerle, en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları şarttır. Diğer yönetim kurulu üyeleri genel kurul toplantısına katılabilirler. Denetçi ve kendilerini ilgilendiren konularda işlem denetçisi genel kurulda hazır bulunur (TTK m. 407/2)⁹⁸. Yönetim kurulunun en az bir üyesi genel kurul toplantısında hazır bulunup, gereğinde yönetime ilişkin soruları cevaplamalıdır. Murahhas üye de devredilen görev ve yetkiler dolayısıyla, yönetim kurulu yerine kaim olduğu için, onun da genel kurula katılması şarttır⁹⁹. Kanunun lafzına göre, denetçilerin de genel kurul toplantısında hazır bulunması şarttır¹⁰⁰. İşlem denetçi-

⁹⁴ Değerlendirme ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Teoman, Ömer**: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Toplantılarına Bizzat Katılmak Yükümü Var mıdır?, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, - Tüm Makalelerim-, C. I, 1972-1982, İstanbul 2000, s. 377-382.

⁹⁵ **Doğanay, İsmail**: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1990, s. 929.

⁹⁶ **Teoman, Katılma Yükümü**, s. 379-382. Benzer gerekçeler için **Helvacı**, s. 42; **Kaya**, s. 185; **Yiğit**, s. 76-77.

⁹⁷ **Teoman, Katılma Yükümü**, s. 382.

⁹⁸ Geniş bilgi için bkz. **Teoman, Ömer**: Yürürlükteki Hukukumuz ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar, *Batider*, 2009, C. XXV, S. 4, s. 19-33.

⁹⁹ **Tekinalp**, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 168.

¹⁰⁰ Genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyelerinin aksine tüm denetçilerin hazır bulunması gerektiği yolunda bkz. **Teoman**, *Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar*, s. 31.

leri açısından bu gereklilik sadece gündemde kendilerini ilgilendiren konuların varlığı halinde söz konusudur¹⁰¹.

TEOMAN, TTK m. 407/2'de murahhas üyelerden söz edilip, murahhas müdürlerden hiç bahsedilmemiş olmasını eksiklik olarak nitelendirmektedir. Yazar, şirket işlerinin görülmesine bir şekilde katılmış, şirket adına bağlayıcı işlem yapmış herkesin genel kurul toplantılarına katılmasını ve pay sahiplerine bilgi vermesini zorunlu kılan genel bir düzenleme yapılmasının daha isabetli olacağını belirtmektedir¹⁰². Yazar, yönetim kurulu üye sayısının birden fazla olması ihtimalinde, yönetim kurulu görevlerini bir kurul olarak yerine getirmekle yükümlü bulunduğu için, Kanunda en az bir yönetim kurulu üyesinin toplantıda hazır bulunması zorunluluğunun öngörülmesini de haklı olarak eleştirmektedir. Kanunda "en az bir üyenin" nasıl belirleneceğine ilişkin bir açıklık bulunmadığından, uygulamada bu üyenin nasıl belirleneceği tartışmalara neden olacaktır¹⁰³. Yazar, bu nedenle tüm yönetim kurulu üyeleri için bu zorunluluğun öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁴.

TTK m. 407/2'de, genel kurulda hazır bulunma yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi durumu için herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu bir eksikliktir¹⁰⁵.

¹⁰¹ **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 32. Tekinalp ise "Denetçiler açısından bu gereklilik sadece gündemde denetçileri ilgilendiren konuların varlığı halinde söz konusudur. İhtiyaç bulunduğu için denetçi de olağan genel kurullarda yerini almalıdır" diyerek, denetçi-işlem denetçisi ayırımına yer vermemektedir. Ayrıca yazarın ifadelerinden, denetçilerin genel kurul toplantısına katılma yükümleri ile ilgili olarak olağan-olağanüstü genel kurul ayırımı yapılması gerektiği izlenimi doğmaktadır. Bu ifadeye göre denetçi-işlem denetçisi ayırımı yapılmaksızın, olağan genel kurul toplantılarında denetçi/denetçiler hazır bulunmak zorunda iken, olağanüstü genel kurul toplantılarında denetçinin/denetçilerin hazır bulunma zorunluluğu gündemde kendisini ilgilendiren bir konunun varlığına bağlı olacaktır. **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 168.

¹⁰² **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 28.

¹⁰³ Bu yöndeki haklı tespit için bkz. **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 29.

¹⁰⁴ **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 29-31.

¹⁰⁵ **Moroğlu**, Tasarı, s. 209. Komiserler Yönetmeliğinin 20. maddesinde ise genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin hazır bulunmasının gerektiği ve olağan genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyelerinden en az bir üye ile, denetçilerden en az birisi hazır bulunmadıkça toplantı yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Kanunda öngörülme bir yaptırımın yönetmelikle getirilmesinin hukuki açıdan yanlış olmasının dışında ETK'dan farklı şekilde en az bir yönetim kurulu üyesi ile denetçinin toplantıda hazır bulunmasının öngörülmesi de hukuk tekniği açısından doğru değildir. **Teoman**, ETK m. 353/1-9'da tüm denetçilerin toplantıda hazır bulunmalarının öngörülmesine karşın Yönetmelik hükmü ile bunun bire indirilmesinin ayrıca eleştiriye açık olduğunu ifade etmektedir. **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 25, ve özellikle dn. 10. Ayrıca, Yönetmelikte, komiserin, olağan genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyelerinden en az birisinin toplantı yerinde bulunup bulunmadığını kontrol etmek zorunda olduğu belirtilmiştir (m. 31/c). Bu bende aykırılık halinde komiser durumu bir tutanakla saptayarak toplantının açılmamış sayılmasına karar verecektir (m. 31/son). Yönetmelik, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin toplantının açılışından sonra toplantıyı terk etme ihtimali noktasında ise susmaktadır. Yönetmelike TTK'dan farklı şekilde yönetim kurulu Komiserler Yönetmeliği'nin bu düzenlemesi TTK'da yer almayan bir yaptırımı öngördüğü için kanuna aykırıdır. Ayrıca, genel kurullardaki görevi ve yetkisi idari bir denetim veya kamu adına gözetimden oluşan komisere normlar hiyerarşisine aykırı biçimde toplantının açılmamasına karar verme yetkisinin tanınması, yönetici ve denetçilere, toplantının yapılmasını fiilen engelleme veya geciktirme fırsatı vereceğinden sakıncalıdır. Tespit ve eleştiriler için bkz. **Helvacı**, s. 43-46; **Bahtiyar, Mehmet**: Anonim Ortaklıkta Denetçilerin Rapor Hazırlamaları Ve *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Hükümün gerekçesinde, söz konusu zorunluluğa uyulmamasının genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmektedir¹⁰⁶. Maddeye göre, murahhas üyelerle, en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmakla yükümlü oldukları, ancak genel kurul toplantısında hazır bulunmaya zorlanamayacakları söylenebilir. Bu durumda, yükümlülüğe aykırı hareket edilmişse, şartların gerçekleşmesi durumunda sorumluluk davası gündeme gelebilir¹⁰⁷. Ya da bu durum, yükümlülüğe aykırı hareket eden kişileri azletmek için haklı bir neden oluşturabilir.

TEOMAN, genel kurul toplantısına katılma yükümlülüğüne aykırılık halinde pay sahiplerinin bilgi alma hakları ihlal edileceğinden, iptal davalarında bu hususun göz önüne alınabileceğini, ayrıca genel kurula katılma zorunluluğuna aykırılığın sorumluluk davalarına konu olabileceğini belirtmektedir. Kanunda açık bir yaptırım öngörülmemiş olması, pay sahipleri tarafından bunlara dayanılmasına engel değildir¹⁰⁸.

PULAŞLI da, TTK m. 407'de öngörülen zorunluluğa uyulmaması, pahasahiplerinin genel kurulda bilgi alma haklarının doğrudan ihlali anlamına gelece-

Olağan Genel Kurul Toplantısına Katılmamaları Nedeniyle Komiserin Toplantıyı Açmamasının Sonuçları (Somut Bir Olaya İlişkin Notlar), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, 2007/I, s. 374; **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 26. Komiserin böyle bir durumda yapabileceği tek şeyin, ilgilileri uyarmak ve toplantı tutanağını çekince koyarak imzalamak olduğu yolunda bkz. **Helvacı**, s. 61, ve özellikle s. 66; **Yiğit**, s. 124-125, 130-131; **Alışkan**, s. 96, 100-111; **Bahtiyar**, Somut Bir Olay, s. 373, dn. 2. Kanımızca toplantıya katılma yükümünü ihlal eden yönetim kurulu üyeleri ya da denetçilerin ancak ETK m. 336 uyarınca sorumlulukları gündeme gelecektir. Bu yöndeki tespit için bkz. **Helvacı**, s. 45, dn. 96.

¹⁰⁶ Hükümün gerekçesi şu şekildedir: "İkinci fıkra yenidir. Alm. POK 118 (2) paragrafından esinlenilmiştir. Amaç pahasahiplerinin yönetim ve denetime ilişkin sorularının cevaplanmasını sağlamaktır. Bilgi alma hakkına ilişkin 437 inci maddenin gerekçesine bakılmalıdır. Pahasahiplerinin genel kurula katılma hakları olup yükümlülükleri yokken, murahhas üyeler, en az bir yönetim kurulu üyesi ve denetçi ile gereğinde işlem denetçisi (m. 400 ve 554) bakımından genel kurula katılma hem hak hem de yükümdür. Ayrıca Tasarıda yönetim kurulu üyelerinin ve denetçinin görüş açıklayabilme hakları açıkça hükme bağlanmış, bu yolla onların gereğinde kendilerini savunabilmeleri ve yaptıkları işlem ve kararları açıklayabilme olanakları yaratılmış ve böylelikle sorumluluk hukuku yönünden konuları güçlendirilmiştir. Bu yüküme aykırılık genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemez. Kendigelen, gerekçede bu yükümlülüğe aykırılığın genel kurul kararının geçerliliğini etkilemeyeceği açıkça belirtilmesine rağmen, hükümün emredici ifade tarzının farklı yorumlara neden olabileceğini dile getirmektedir. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 260.

¹⁰⁷ Nitekim **Teoman**, "...yönetim kurulu üyelerinden en az birisinin genel kurul toplantılarında hazır bulunmalarının öngörüldüğü bir durumda, fikrimce bu yükümlülük ayrı ayrı bir üye için geçerli olacağına göre, toplantıya katılmayan üye kusurlu sayılacak ve Tasarı (TTK) 407/2'deki "en az biri" ibaresine sığınma olanağından yararlanamayarak, genel kurul toplantısına katılmamasından kaynaklanan zarar nedeni ile bilgi alma hakkından gereği gibi yararlanmadığını ileri süren pay sahibine sorumlu olacaktır. Bunun yanı sıra Tasarı (TTK) 553/2 uyarınca yönetim ve/veya temsil görevlerinden bir bölümünün murahhaslara devredilmesi durumunda dahi, murahhas tayininde gerekli özeni gösterdiklerini kanıtlamadıkları takdirde, yönetim kurulu üyeleri onların iş ve işlemleri nedeni ile sorumlu tutulabilecekleri için, genel kurul toplantılarına murahhasların yanı sıra sadece bir üyenin katılmasını yeterli gören Tasarı'nın (Kanununun) düzenlemesine katılmak olanaklı değildir" diyerek, TTK'nın 407. Maddesinin getirdiği sistemin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 hükmü ile bağdaştırılmayacağını belirtmektedir. **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 30.

¹⁰⁸ **Teoman**, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 33.

ğinden, bu durumun mutlak bir iptal sebebi sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, pay sahiplerinden biri duruma itiraz etmiş, bu itiraz toplantı başkanlığınca ve genel kurul kararıyla reddedilmişse, itirazın tutanağa geçirilmesi kaydıyla, murahas üyelerle, yönetim kurulu üyelerinden en az birinin veya denetçinin yokluğunda alınan genel kurul kararlarının tümünün iptali istenebilecektir¹⁰⁹.

C. Bakanlık Temsilcisi

Bilindiği üzere, ETK'ya göre, anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarında komiser bulundurma zorunluluğu vardır. Hatta, komiserin toplantıda bulunmaması, alınan kararların yoklukla sakat olması sonucunu doğurmaktadır¹¹⁰. "Komiser" ifadesi uygulamada yanlış anlaşılmalara neden olduğundan TTK'da komiser yerine "Bakanlık Temsilcisi" ibaresi kullanılmıştır.

TTK, bir yenilik olarak, genel kurul toplantılarında Bakanlık Temsilcisi bulundurma zorunluluğunu sınırlandırmıştır. Buna göre, TTK m. 333 gereği kuruluşu izne bağlı anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi de yer alır. Diğer şirketlerde, hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin genel kurulda bulunacağı ve genel kurul toplantıları için temsilcilerin görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar ile bunların nitelik, görev ve yetkileri ayrıca ücret tarifeleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı¹¹¹ tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir (TTK m. 407/3).

Tek kişilik anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık Temsilcisi bulunmasını şart koşan bir düzenleme olmadığından, bu konuda Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikte bir düzenleme olup olmamasına göre hareket edilmelidir. Gerekçede, TTK'da, özellikle aile şirketleri ile bir kişi ile kurulacak anonim şirketleri için Bakanlık temsilcisinin toplantıda hazır bulunmasında bir kamu yararı görülmediğinden, sadece belli şirketler için Bakanlık temsilcisi bulundurma zorunluluğu öngörüldüğü; böylece kapsam dışında kalan şirketler için Bakanlık Temsilcisi bulundurma ya bağlı olarak ortaya çıkacak maliyetler ile zaman kayıplarının önüne geçilmesinin amaçlandığı dile getirilmektedir¹¹².

TEKİNALP ise, "*Tek pay sahipli AO'larda, pay sahibi tek başına GK'yu meydana getirir, GK'nın tüm yetkilerini haizdir. Ancak bu yetkileri GK olarak toplanarak karara bağlar, bunun için de GK olarak Hükümet temsilcisinin varlığında toplanması, 422. maddedeki tutanağa bağlı olarak yazılı karar alması gerekir*" diyerek¹¹³, tek ortaklı anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık Temsilcisinin hazır bulunması gerekliliğini dile getirmektedir. Kanımızca da hukuki güvenliği sağlaması

¹⁰⁹ Pulaşlı, Şerh, s. 730, 732. Denetçinin özellikle olağan genel kurul toplantısında hazır bulunmamasının, genel kurulun finansal tabloların tasdiki ve bilanço kararının kullanılmasına ilişkin kararın iptalini gerektireceği yolunda aynı eser, s. 731.

¹¹⁰ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 111.

¹¹¹ Kanunda geçen Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın adı, 640 Sy. KHK ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

¹¹² Bkz. TTK m. 407/3 hükmünün gerekçesi.

¹¹³ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 163. Yazar, "*Tek pay sahipli AO'lar çağrısız toplanabilir, ancak toplantıda hükümet temsilcisinin bulunması şarttır*" diyerek, aynı görüşünü yinelemektedir. Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 169.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

açısından Bakanlık Temsilcisinin toplantıda hazır bulunması şartı, yönetmelikte düzenlenmelidir.

D. İntifa Hakkı Sahibi

Pay üzerinde intifa hakkı bulunması¹¹⁴ durumunda, aksi anasözleşmede kararlaştırılmadığı sürece, intifa hakkı sahibi genel kurul toplantısına katılmaya yetkilidir. Zira, üzerinde intifa hakkı bulunan paylarda oy hakkı payın sahibine değil, intifa hakkı sahibine aittir (TTK m. 432/2, ETK m. 360/4). İntifa hakkı sahibine oy hakkını kullanırken, payın sahibinin menfaatlerini gözetme ve hakkaniyet ölçüsünde hareket etme zorunluluğu getirilmiştir. İntifa hakkı sahibinin aksine davranışı payın sahibine karşı sorumluluğu sonucunu doğuracaktır. Taraflar dilerlerse, yapacakları bir sözleşme ile oy hakkının malik tarafından kullanılacağına da kararlaştırabilirler (TTK m. 432).

E. Dinleyici veya Davetliler

TTK m. 407'nin gerekçesinde, genel kurula katılma hakkının anasözleşmeyle başkalarına tanınmasının ratio legise pek uygun düşmemekle birlikte, bu konudaki içtihat yolunun açık olduğu, ayrıca müşavirler ile basın mensuplarının da genel kurula izine katılabilecekleri ifade edilmiştir. Uygulamada paysahiplerinin hukuk ya da mali danışmanlarının da genel kurul toplantılarına katıldıkları görülmektedir.

Genel kurul toplantısına katılma hakkına sahip olanların dışında kalan kişilerin genel kurul toplantısına katılıp katılamayacakları konusunda ETK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, genel kurul toplantısına katılma hakkı olmayan kişiler dinleyici olarak nitelendirilmektedir¹¹⁵. ETK'ya göre kural olarak dinleyicilerin genel kurul toplantısına katılma hakları bulunmamaktadır. Ancak anasözleşmeye konulacak bir hükümlerle dinleyicilerin genel kurula katılması sağlanabilecektir¹¹⁶. Zira, ETK sisteminde sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde anasözleşmede emredici hükümlere aykırı olmayan ihtiyari unsurlara yer verilmesine herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır¹¹⁷.

Oysa TTK'nın 340. maddesi anasözleşmenin, bu Kanun'un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse ayrılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, anasözleşmenin kanundan ayrı bir düzenleme getirmesi ancak kanunun buna açıkça izin vermesi şartına bağlıdır. Kanun açıkça izin vermedikçe anasözleşmede kanundan sapan bir düzenlemeye yer verilmesi mümkün değildir¹¹⁸. Hükmün gerekçesinde yeni olan bu maddenin, normatif sistemin zorunlu bir parçası olduğu ve AktG 23/5'den esinlenilerek hazırlandığı belirtilmiştir. Oysa Alman Hukukunda AktG 23/5 hükmü serbest piyasa ekonomisinin gerektirdiği yaratıcılık ve çözümler üretebilme imkanlarını sınırladığı ve fazlasıyla katı olduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Hatta, diğer gelişmiş ülkelere nazaran Almanya'da daha az sayıda anonim

¹¹⁴ Bu konuda bkz. **Kendigelen, Abuzer**: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.

¹¹⁵ **Teoman, Ömer**: Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, -Tüm Makalelerim-C. I, İstanbul 2000, s. 225.

¹¹⁶ **Arsılanlı, AŞ**, II-III, s. 39; **Teoman**, Dinleyicilerin Katılması, s. 226; **Yiğit**, s. 79.

¹¹⁷ ETK açısından anasözleşmeye yazılabilecek ihtiyari unsur örnekleri için bkz. **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 218-225.

¹¹⁸ Yeni düzenlemede sapmaya izin veren hükümlere örnek olarak TTK m. 370/1, 409/3, 411/1 verilebilir.

ortaklığın kurulmuş olmasının sebeplerinden birinin bu hüküm olduğu da dile getirilmektedir¹¹⁹.

Anılan düzenleme ile anasözleşmede yer alacak ihtiyari kayıtların geçerliliği BK m 19-20 (TBK m. 26-27) ve TMK m. 23'ün ötesinde ayrıca kanunda açıkça cevaz verilmiş olma şartına da bağlanmakta, bu sınırlandırma ise sözleşme hukukunun en temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesini zedelemektedir. Böyle ağır bir sınırlandırma ile anonim ortaklıklar hukukunun gelişiminin önemli ölçüde engellenmesi ise kaçınılmazdır¹²⁰.

TEKİNALP ise, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının en temel amacının sözleşmenin zayıf tarafını korumak olduğunu belirttikten sonra, yeni Kanunda öngörülen emredici hükümler ilkesinin çoğunluğun istediği hükümleri anasözleşmeye koyarak, güçsüz olan paysahibinin zarara uğramasını önlemeye yönelik etkili bir araç olduğunu ifade etmektedir¹²¹.

Hüküm gerekçesinde *“kanunda açıkça izin verilmişse ibaresinin, maddenin lafzından sapabilme imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözeten bir yorumla sapabilmenin haklılık kazandığı varsayımları da kapsadığı ve kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanuni boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanacağı”* belirtilmiştir.

Kanımızca gerekçedeki bu ifadeler, anasözleşmeden kanunda açıkça izin verilmeyen sapmalar da yapılabileceğini gösterdiğinden, sapabilmenin kanunda açıkça izin verilmesine bağlı olduğunu öngören madde metnine aykırıdır. Ayrıca, sapabilmenin haklı olup olmadığı yoruma ve tartışmaya açık olacağından, uygulamada bir çok uyumsuzluğa peşinen davetiye çıkarılmış durumdadır. Hüküm kazüistik kanun yapma yöntemini de çağırıştırdığı için ayrıca eleştiriye açıktır.¹²² Sonuç olarak hükümün yeni

¹¹⁹ Okutan Nilsson, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2001, s. 59-60 ve orada anılan literatür. Hüküm dayanağı olduğu belirtilen AktG. 23/5'de; Kanunun konuyu sınırlı bir şekilde düzenlemediği durumlarda, tamamlayıcı anasözleşme hükümlerinin geçerli olacağı açıkça kabul edilmiştir. Bkz. Baumbach/Hueck, § 23, N. 6. TTK'da ise tamamlayıcı anasözleşme hükümlerinin emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla geçerli olacaklarına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹²⁰ Moroğlu, Tasarı, s. 141-142; Bahtiyar, Değerlendirme, s. 20. Öğretide Karasu, emredici hükümler ilkesinin kimliği ve kişiliği önem taşımayan, şirketi yönetme amacıyla değil, kar amacıyla hareket eden çok sayıda pay sahibinin bulunduğu halka açık anonim ortaklıklar bakımından savunulabileceğini belirttikten sonra, kapalı anonim ortaklıklarda şirkete ortak olmayan isteyen kişilerin şirket hakkında gerekli olan bütün bilgileri değerlendirip, bilinçli bir şekilde karar verdiklerini belirtmektedir. Karasu, Rauf: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 113. Yazara göre, yeni düzenlemede kapalı anonim ortaklıklar için de geçerli olacağı belirtilen kurumsal yönetim ilkeleri ve kanunda açıkça kabul edilen eşit işlem ilkesi emredici hükümler ilkesine duyulan ihtiyacı azaltacaktır. Bu tip anonim ortaklıklarda az sayıdaki pay sahipleri emredici hükümler ilkesinin sağlayacağı fayda uğruna sözleşme özgürlüklerinden vazgeçmek istemeyeceklerdir. Emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim ortaklıklar açısından doğurduğu sorunların çözümüne ilişkin öneriler için bkz. Karasu, s. 117 vd.

¹²¹ Tekinalp, Ünal: Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 651.

¹²² Hükümün ayrıntılı eleştirisi için bkz. Bahtiyar, Değerlendirme, s. 200-201.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

düzenlemede yer almasını hem kanun yapma tekniği hem de sözleşme özgürlüğüne zarar vermesi açısından uygun bulmuyoruz.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda TTK m. 407/2 hükmünün gerekçesinde yer alan “genel kurula katılma hakkının anasözleşmeyle başkalarına tanınmasının ratio legis pek uygun düşmemekle birlikte, bu konudaki içtihat yolunun açık olduğu” şeklindeki ifadenin TTK m. 340 karşısında nasıl uygulanabileceği tartışmalıdır. Çünkü madde metni, kanunda açıkça sapmaya izin verilen durumlarda anasözleşmeye isteğe bağlı hükümler getirilebileceğini düzenlemiştir. Bu noktada hükmün gerekçesinden yararlanılarak, “sapabilmenin haklılık” taşıdığı ve bu nedenle anasözleşmeye hüküm konulmasına engel bir durum olmadığı ileri sürülebilirse de yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi bu mümkün olmamalıdır. Kanımızca gerekçedeki ifade uygulamada büyük sıkıntılar doğuracaktır. Gerçekten, bu örnekten bağımsız olarak sicil memurları önlerine gelen her anasözleşmede, sapabilmenin haklılık gösterdiği durumu yorumlamak zorunda kalacaklardır. Bunun sonucunda da her bir sicil bölgesinde farklı uygulamaların doğması kaçınılmaz olacak ve daha anasözleşmenin tescili aşamasında bir çok dava, TTK m. 34 yoluyla mahkemenin önüne gelecektir. Dolayısıyla gerekçedeki bu ifade hukuk güvenliği açısından da sakıncalıdır.

PULAŞLI, arzu edilmemekle birlikte, davetli ve dinleyicilerin genel kurul toplantısına girmeleri konusunda anasözleşmede hüküm bulunması durumunda, bu hükme göre hareket edileceğini; hüküm yoksa toplantı veya divan başkanının bu kişilerin toplantıya katılması konusunda karar vereceğini belirtmektedir¹²³.

Uygulamada dinleyicilerin toplantıya katılmaları, kanımızca, anasözleşme yoluyla değil, toplantı başkanlarının duruma izin vermeleri yoluyla çözülebilecek bir sorundur

F. Temsilciler

1. Genel Olarak

Pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören anasözleşme hükmü geçersizdir (TTK m. 425). ETK m. 360'da ise, oy hakkına sahip olan pay sahibinin, genel kurul toplantılarında bu hakkını bizzat kullanabileceği gibi, pay sahibi olan ya da anasözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, pay sahibi olmayan üçüncü bir kişi aracılığıyla da kullanabileceği belirtilmiştir. Getirilen yenilikle temsilcinin pay sahibi olmasını öngören anasözleşme hükmü geçersiz sayılmıştır¹²⁴.

Temsilci, temsil edilenin talimatlarına uyar. Talimata aykırılık oyu geçersiz kılmaz. Temsil edilenin, temsilciye karşı hakları saklıdır (TTK m. 427/1). TTK m. 426/1'e göre, senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmhaberlerden doğan pay sahipliği hakları, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibi veya pay sahibince yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi tarafından kullanılır¹²⁵. Kanunda

¹²³ Pulaşlı, Şerh, s. 733.

¹²⁴ Hükmün gerekçesinde böylelikle “temsil edilebilirlik ilkesinin” vurgulandığı ifade edilmiştir.

¹²⁵ Buradaki yazılı şekil geçerlilik şeklidir. ETK m. 360/3'de de, temsil yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna rağmen, Komiserler Yönetmeliği'nin Toplantıya Katılma kenar başlıklı 21.

sadece yazılı şekil şartından bahsedildiğinden, temsil yetkisinin verilmesinin noterde düzenlenmesi ya da vekalet verenin imzasının noterce onaylatılması gerekli değildir¹²⁶.

TTK m. 432'ye göre; bir pay, birden fazla kişinin ortak mülkiyetindeyse; bu kişiler içlerinden birini veya üçüncü bir kişiyi, genel kurulda paydan doğan haklarını kullanması için temsilci olarak atamaları gerekir. Her ne kadar hükmün ifadesi "atayabilirler" şeklinde ise de bunun isteğe bağlı bir durum olmadığı, hatta pay üzerinde ortak mülkiyetin bulunduğu durumlarda, paydan doğan hakların genel kurulda kullanılabilmesi için müşterek temsilcinin atanmasının zorunlu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim, bu durum ETK m. 400'de "Bir hisse senedinin birden fazla maliki bulunduğu takdirde bunlar şirkete karşı haklarını ancak, müşterek bir mümessil vasıtasıyla kullanabilirler" şeklinde daha doğru ifade edilmiştir.

Tam ehliyetsizler ile sınırlı ehliyetsizlerin sahip oldukları oy hakları, kanuni temsilcileri aracılığıyla kullanılır. Dolayısıyla bu kişilerin kanuni temsilcileri de genel kurul toplantısına katılma yetkisine sahiptir.

TTK düzenlemesi temsil konusunda, saydığımız bu temsilciler dışında, yeni temsilci türleri de öngörmektedir. Bunlar organ temsilcisi (TTK m. 428), bağımsız temsilci (TTK m. 428), kurumsal temsilci (TTK m. 428) ve tevdi eden temsilcisidir (TTK m. 429).

Öğretide temsil, bireysel temsil ve kurumsal temsil üst başlıkları altında iki ana gruba ayrılarak incelenmektedir. Bireysel temsil üst başlığı altında, adi temsil ve tevdi eden temsilcisi; kurumsal temsilci üst başlığı altında da organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci yer almaktadır¹²⁷. Bu sınıflandırmayı yapan yazarlar, adi temsilci kavramının kanunda yer olmadığını, ancak tevdi eden temsilcisi ile geleneksel temsilci ayrımının sağlıklı yapılabilmesi için adi temsilci kavramına ihtiyaç olduğunu ifade etmektedirler¹²⁸.

2. Temsilci Türleri

a. Adi Temsilci

Adi temsilci genel hükümler anlamındaki temsilci olup, kendisine temsil yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerekir (TTK m. 426).

maddesinin yedinci fıkrasında; "Halka açık olmayan şirketlerde gerek nama gerek hamiline yazılı hisse senetleri sahiplerinin vekilleri vasıtasıyla toplantıda temsil edilebilmeleri için vekaletnamenin ekli örneği (örnek 3) uygun olarak düzenlenmesi ve vekalet verenin imzasının notere tasdik ettirilmesi veya noterce onaylanmış imza sirkülerinin eklenmesi şarttır" denilerek, pay sahibinin genel kurulda kendisini temsil ettirebilmesi resmi şekle bağlanmıştır. Söz konusu hüküm EBK m. 11, 386-398. maddelerine aykırılık taşıdığından, öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir. Helvacı, s. 46-48; Yiğit, s. 63. Halka açık anonim ortaklıklarda da SPK, Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğinde temsil yetkisinin verilmesi için noter onayının şart olduğu belirtilmiştir.

¹²⁶ **Pulaşlı**, Şerh, s. 728.

¹²⁷ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 179 vd.; **Pulaşlı**, Şerh, s. 755 vd. Kendigelen, kurumsal temsil üst başlığı yerine "Toplu Temsil" ifadesini kullanmaktadır. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 278. Kanımızca üst başlıkla alt başlığın karışma ihtimalinin önüne geçilebilmesi adına Kendigelen'in belirttiği gibi "Toplu Temsil" ifadesi tercih edilmelidir.

¹²⁸ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 179; **Pulaşlı**, Şerh, s. 755.

b. Tevdi Eden Temsilcisi

TTK m. 429'a göre; "kendisine pay senedi tevdi edilen kişi, aynı zamanda pay sahibi- ni genel kurulda temsil etme hakkı ile donatılmışsa tevdi eden temsilcisi olarak nite- lendirilecektir"¹²⁹.

PULAŞLI, "tevdi eden temsilcisi" yerine, "tevdi temsilcisi" kavramının tercih edilmesinin daha doğru olacağı kanısındadır. Yazar, tevdi temsilcisinin, İsviçre ve Alman hukuklarındaki "Depotvertreter" kavramının tam karşılığı olduğunu¹³⁰; ayrıca bu ifadenin daha anlaşılabilir olduğunu, tevdi eden temsilcisinde kimin temsil edildi- ğinin tam olarak ifade edilemediğini, zira aslında burada kastedilenin tevdi edenin temsilcisi olduğunu belirtmektedir¹³¹.

Tevdi eden temsilcisi, oy haklarını tevdi eden adına kullanma yetkisine sahipse, nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda talimat almak için, her genel kurul toplantı- sından önce, tevdi edene başvurmak zorundadır. Zamanında istenmiş olup da talimat alınmamışsa, tevdi edilen kişi, katılma ve oy haklarını, tevdi edenin genel talimatı uyarınca kullanır; böyle bir talimatın yokluğu hâlinde oy, yönetim kurulunun yaptığı öneriler yönünde verilir (TTK m. 429)¹³².

Tevdi eden temsilcisi kendisine verilen talimata aykırı oy kullanmış ya da tali- matın bulunmadığı durumlarda genel talimata ya da genel talimatın yokluğunda yöne- tim kurulu üyelerinin önerilerine aykırı oy kullanmışsa, bunun yaptırımının ne olacağı hükümde belirtilmemiştir. Bu duruma dikkat çeken KENDİGELEN, çözümlenmesi gereken bir sorunun daha uygulama ve öğretiye bırakıldığını ifade etmektedir¹³³.

Tevdi olunan kişiler, bu kişilerin bağlı olacakları esas ve usuller ile temsil bel- gesinin içeriği Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca bir yönetmelikle düzenlenir (TTK m. 429/3).

c. Organın Temsilcisi/Bağımsız Temsilci

Şirket, kendisiyle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişiyi, genel kurul toplantı- sında kendileri adına oy kullanıp ilgili diğer işlemleri yapması için yetkili temsilcileri

¹²⁹ Tanım için bkz. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 283. Yazar, BK m. 561 uyarınca ancak taşınırların sak- lama sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi karşısında, TTK m. 429/1'in madde metninde payın da tevdi edilecek şeyler arasında sayılmasının yerinde olmadığını haklı olarak dile getirmektedir. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 283, dn. 115.

¹³⁰ İsviçre hukukunda, tevdi eden temsilcileri OR Art. 689d'de düzenlenmiştir. Bankalar ile malvarlığı yönetimini mesleki faaliyet olarak yapan gerçek veya tüzel kişilerin hükmün kapsamına girdiği konusun- da bkz. Schaad, Basler Kommentar, Art. 689d, N. 2-4. Malvarlığı yönetimini mesleki faaliyet olarak yapan kişiler kanunda tanımlanmamıştır. Ancak öğretide, para ve menkul kıymetleri kabul eden, bunları yalnızca (münhasıran) müşterinin hesabına yatıran, bu işlemler için gerekli organizasyona sahip kişilerin bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Schaad, Basler Kommentar, Art. 689d, N. 4; Pulaşlı, Şerh, s. 763.

¹³¹ Pulaşlı, Şerh, s. 761.

¹³² Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 180.

¹³³ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 284. Yazar, TTK m. 429/2'nin gerekçesinde hükmün sosyal politika ile ilgili emredici bir hüküm olarak nitelendirilmesinden yola çıkılarak, TTK m. 429/2'ye aykırılık taşıyan genel kurul kararları bakımından iptal edilebilirlik yaptırımının uygulanmasının önünün açılacağını belirtmektedir.

olarak atamaları amacıyla pay sahiplerine tavsiye edecekse, bununla birlikte şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız bir diğer kişiyi de aynı görev için önermeye ve bu iki kişiyi anasözleşme hükmüne göre ilan edip şirketin internet sitesine koymaya mecburdur (TTK m. 428). Bunlardan ilki organın temsilcisi, diğeri bağımsız temsilcidir¹³⁴.

KENDİGELEN “organın temsilcisi” teriminin isabetli olmadığını, aslında burada kastedilenin şirket tarafından atanan temsilci olduğunu, bu nedenle de “şirket veya şirketin temsilcisi” ifadesinin daha yerinde olacağını belirtmektedir. Yazarın isabetle vurguladığı üzere, uygulamada fiili atamanın yönetim kurulu tarafından yapılacağı dikkate alındığında, “yönetim veya yönetimin temsilcisi” veyahut da en azından “organ temsilcisi” terimleri de tercih edilebilir¹³⁵.

Bağımsız temsilci atanmasının önerilebilmesi için ön şart, şirket tarafından organın temsilcisinin atanmasıdır. Şirketin bağımsız temsilci atamaktan kaçınmak amacıyla organın temsilcisi atamaması durumunda ya da şirketin önerdiği bağımsız temsilcinin bağımsızlığının şüpheli olduğu durumlarda ne yapılması gerektiğini tartışan PULAŞLI, şirketin organın temsilcisi ile birlikte bağımsız temsilci atama yükümünü ihlal etmesi ya da hakkını kötüye kullanması durumlarında paysahiplerinin genel kurul kararının iptalini isteyebileceklerini savunmaktadır¹³⁶.

d. Kurumsal Temsilci

Kurumsal temsilci Türk Hukukuna özgü bir temsilci türüdür. Kurumsal temsilciye ilişkin hükmün amacı gerekçede “...bu hüküm ile büyük sayılara varabilecek temsil belgesi toplama örgütlenmesini yapabilecek kişilerin önerilmesi, özellikle bu göreve talip olabilecek kişilerin cesaretlendirilmeleri, bunların şirket yönetiminden tamamen bağımsız hareket edebilmeleri ve özellikle güç boşluğunun doldurulması” olarak ifade edilmiştir.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, yönetim kurulu, genel kurul toplantısına çağrı ilanının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanacağı ve şirket internet sitesinde yer alacağı tarihten en az kırk beş gün önce, yapacağı bir ilan ve internet sitesine koyacağı yönlendirilmiş bir mesajla, paysahiplerini, önerdikleri kurumsal temsilcilerin kimliklerini ve bunlara ulaşılabilecek adres ve elektronik posta adresi ile telefon numaralarını en fazla yedi gün içinde şirkete bildirmeye çağırır. Aynı çağrıda kurumsal temsilciliğe istekli olanların da şirkete başvurmaları istenir. Kurumsal temsilcilik, bir pay sahipliği girişimidir; meslek olarak ve ivaz karşılığı yürütülemez (TTK m. 428)¹³⁷.

Hükmün gerekçesinde “Şirketin (yönetimin) bağımsız temsilci önerisi zorunluluğundan kurtulmak amacı ile organın temsilcisini göstermemesi mümkündür. Ancak,

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 181-182; **Pulaşlı**, Şerh, s. 770-776.

¹³⁵ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 282-283. Nitekim İsviçre hukukunda da organ temsilcisi anlamında “organvertreter” terimi kullanılmaktadır. **Schaad**, Basler Kommentar, Art. 689c, N. 4.

¹³⁶ **Pulaşlı**, Şerh, s. 772. İsviçre Hukukunda, bağımsız temsilcinin atanmaması durumunda, her bir paysahibinin mahkemeye başvurarak, bağımsız temsilci atanmasını talep edebileceği; ancak, bu durumun genel kurulun ertelenmesini ve mahkeme tarafından önerilecek bağımsız temsilcinin de yer alacağı yeni bir genel kurul davetini gerektireceği için çok da pratik olmadığı belirtilmektedir. **Schaad**, Basler Kommentar, Art. 689c.

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 182-183; **Pulaşlı**, Şerh, 767-773.

yönetim bu yola başvursa bile maddenin üçüncü fıkrasındaki kurumsal temsilciler ortaya çıkabilir ve bildirme zorunluluğu gene söz konusu olabilir” denilmektedir. Organın temsilcisi atamayan, bağımsız temsilci atama zorunluluğundan da kaçmak isteyen anonim ortaklıklarda, kurumsal temsilcilerin ortaya çıkması ise engellenemeyecektir¹³⁸.

3. Bildirme ve Bildirim

Organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci, temsil belgelerinin içeriğini ve oylarını hangi yönde kullanacaklarını, radyo, televizyon, gazete veya diğer araçlarla ve gerekçeleriyle birlikte açıklarlar. Açıklanan bu belge bildirme olarak tanımlanmıştır (TTK m. 430). Bildirme, pay sahipleri tarafından kurumsal temsilciye verilmiş talimat yerine geçer. Kusurlu olarak bildirgesine veya kanuna aykırı hareket eden veya hileli işlemler yapan kurumsal temsilci bu fiil ve kararlarının sonuçlarından Türk Borçlar Kanununun 506. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca sorumlu olur; sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan sözleşmeler geçersizdir (TTK m. 428).

Temsilciler (tevdî eden temsilcisi, organın temsilcisi, bağımsız temsilci, kurumsal temsilci), kendileri tarafından temsil olunacak payların sayılarını, çeşitlerini, itibarî değerlerini ve gruplarını şirkete bildirirler. Aksi hâlde, o genel kurulda alınan kararlar, genel kurula yetkisiz katılmaya dair hükümler çerçevesinde iptal edilebilir. Toplantı başkanı bu bildirimleri açıklar. Bir pay sahibinin istemine rağmen toplantı başkanı

¹³⁸ Kendigelen, “... Daha da önemli bir sorun TK m. 428/3'te öngörülen kurumsal temsilciye ilişkin hükmün hangi anonim ortaklıklar bakımından uygulanacağı konusunda bir açıklık getirilmemiş olması nedeniyle gündeme gelecektir. Gerçekten TK 428/1 uyarınca organın temsilcisini atamayan bir şirketin, ayrıca bağımsız temsilci tayin etmesi de zorunlu değildir. Ancak böyle bir durumda anonim şirketin kurumsal temsilciye ilişkin hükmü uygulayıp uygulamayacağı, bir başka deyişle bu temsilciye ilişkin ilamı yapıp yapmayacağı belirsizdir. Her ne kadar ikinci fıkranın başlangıcındaki “bundan başka” vurgusu, sanki sadece ilk fıkranın uygulandığı olasılıklarda kurumsal temsilciye ilişkin ikinci fıkra hükmünün devreye gireceği şeklinde bir izlenim yaratmakta ise de, gerekçedeki aynen “Şirketin (yönetimin) bağımsız temsilci önerisi zorunluluğundan kurtulmak amacı ile organın temsilcisini göstermemesi mümkündür. Ancak, yönetim bu yola başvursa bile maddenin üçüncü fıkrasındaki kurumsal temsilciler ortaya çıkabilir ve bildirme zorunluluğu gene söz konusu olabilir” şeklindeki açıklamalar bu izlenimin aksine kurumsal temsilciye ilişkin düzenlemenin ilk fıkradan bağımsız olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Sorun da işte tam bu noktada karşımıza çıkacak ve herhangi bir ayırım gözetilmeksizin tüm anonim ortaklıklar, genel kurul toplantılarından belirli bir süre önce kurumsal temsilciye ilişkin hükmü uygulamak zorunda kalacaklardır. Böyle bir zorunluluğun genel kurul toplantılarını geciktirme tehlikesinin ötesinde, özellikle payları büyük kitlelere yayılmamış anonim ortaklıklarda bir ihtiyaç olmadığı gibi, gereksiz bir ek mali külfete yol açacağı da şüphesizdir. Üstelik gerekçedeki beyan doğrultusunda TK 428/2'de öngörülen merasime uyulmaması bir iptal sebebi olarak kabul edildiğinde, bu hükmün özellikle küçük anonim ortaklıklarda başlangıçta pek de öngörülmemeyen tehlikeli sonuçları beraberinde getireceği söylenebilir. Oysa TK 428'de öngörülen tüm bu temsil kurumları, sadece pay senetleri borsada işlem gören veya en azından payları çok sayıda ortağa dağılmış bulunan halka açık anonim ortaklıklar bakımından bir anlam ve önem taşıyabilir. Zira engellenmek istenen güç boşluğu sadece bu ortaklıklarda gündeme geldiği gibi, sağlanmak istenen pay sahipleri demokrasisine de sadece bu ortaklıklarda ihtiyaç vardır. İşte tüm bu gerekçelerle, özellikle TK 428/2'de öngörülen “kurumsal temsilci”ye ilişkin düzenlemenin sadece halka açık anonim ortaklıklarda uygulanacağını açıkça belirtilmemiş olması önemli bir eksikliktir” diyerek, düzenlemeye haklı eleştiriler yöneltmektedir. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 281-282.

açıklamayı yapmamışsa her pay sahibi, şirkete karşı açacağı dava ile genel kurul kararlarının iptalini isteyebilir (TTK m. 431).

V. GENEL KURUL TOPLANTI VE KARAR YETERSAYILARI

A. Basit (Olağan) Yetersayılar

Kanunda veya anasözleşmede aksine daha ağır bir nisap öngörülmüş olmadıkça, genel kurul, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır (TTK m. 418). İlk toplantıda bu oran sağlanamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz. Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir¹³⁹.

Hükmün gerekçesinde, TTK m. 418'in ETK'nın 372 ve 378. maddelerinin bir tekrarı olduğu belirtilmiştir¹⁴⁰. Ancak TTK m. 418'de bir yenilik olarak sermayenin en az dörtte birini karşılayan nisabın toplantı süresince korunması şart kılınmıştır. Bu anlayış, gündem çerçevesinde alınan her bir kararın diğerinden bağımsız olduğu ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Zira, buna göre, örneğin genel kurulun gündemini oluşturan dört maddenin üçü karara bağlandıktan sonra, toplantı nisabı bozulursa, daha önce alınmış olan kararlar geçersiz olacaktır. Madde kendi içinde de çelişkilidir. Zira hükmün devamında "İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz" denilmektedir¹⁴¹.

Buna karşılık PULAŞLI, "...Yeni düzenlemedeki bir yenilik, ilk toplantıda alınan kararların geçerli olabilmesi için, yasada öngörülen ¼ oranının toplantı devamınca muhafaza edilmesinin şart olduğudur. Bu durum, aynen çağrısız genel kurul toplantısındaki gibidir. Diğer bir ifade ile, toplantı açılıp, birkaç madde görüşüldükten sonra, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin bir bölümünün toplantıyı terk etmesi ve toplantı nisabının ¼ oranının altına düşmesi halinde, toplantıya devam edilip, karar alınmaz; alınan kararlar yoklukla maluldür. ... Ancak, toplantıdan ayrılmaya kadar gündemde yer alan konulardan bazıları görüşülmüş ve usulüne uygun olarak karar alınmışsa, alınan karar bundan etkilenmez; diğer bir ifade ile bu kararlar geçerliliğini korur" diyerek¹⁴², hükümdeki yeniliği farklı yorumlamaktadır.

Kanımızca, TTK m. 416/1'da öngörülen durum ile, TTK m. 418/1'de öngörülen durum birbirinden farklıdır. Zira TTK m. 416/1'de çağrısız olarak toplanan genel kurul toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabileceği belirtildiğinden, nisabın bozulması anına kadar alınan kararların geçerli olacaktır. Halbuki TTK m. 418/1'de nisabın toplantı süresince korunması, açıkça şart kılınmıştır. Bu nedenle toplantı nisabının bozulması daha önce alınmış kararların geçerliliğini de etkileyecektir. PULAŞLI'nın görüşü olması gereken hukuk açısından savunulabilirse de kanımızca

¹³⁹ Kendigelen haklı olarak bir toplantıda oyların hazır bulunmasının değil, temsil edilmesinin söz konusu olduğunu belirterek, hükmün ifadesinin "temsil edilen oyların çoğunluğu" şeklinde olması gerektiğine işaret etmektedir. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 270.

¹⁴⁰ Oysa Gerekçenin bu ifadesi yanıltıcıdır. Çünkü, ETK m. 372'de; "Umumi heyetler bu kanunda veya esas mukavelede aksine hüküm bulunan haller hariç olmak üzere..." denilirken, TTK m. 418'de "Genel kurullar, bu Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır bir nisap öngörülmüş bulunan haller hariç ..." ifadesine yer verilmiştir.

¹⁴¹ Bu konudaki tespit ve eleştiriler için bkz. Moroğlu, Tasarı, s. 222-223.

¹⁴² Pulaşlı, Şerh, s. 782.

kanunun mevcut hükmü karşısında uygulama alanı bulamayacak ve contra legem bir yorum olarak kalacaktır.

Yürürlük Kanunu, m. 26/1'e göre; anonim ortaklığın anasözleşmesinde genel kurulun toplantı ve karar nisaplarına, madde numarası belirtilerek veya belirtilmeksizin 6762 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüşse, bu ortaklıkların TTK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde¹⁴³ anasözleşmelerini değiştirerek, anılan kanuna uygun bir düzenleme yapmaları, aksi takdirde bu sürenin geçmesiyle, toplantı ve karar nisaplarına dair TTK. hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Sadece bu altı aylık süre içinde yapılacak genel kurullarda, 6762 Sayılı Kanun'un toplantı ve karar nisaplarına dair hükümlerinin uygulanmaya devam edileceği, YürK. 26/1, c. 3'de belirtilmiş ise de, YürK. 20/2, c. 2, bu fıkra hükümlerinin, m. 26 uyarınca yapılacak anasözleşme değişikliklerinde de uygulanmasını öngördüğü ve m. 20/2, yapılacak genel kurullarda toplantı nisabı aramayıp, mevcut oyların çoğunluğu ile karar alınmasını mümkün kıldığı için, altı aylık sürede YürK. 26 uyarınca anasözleşme değişiklikleri için yapılacak genel kurullarda toplantı nisabı aranmayacağı, tartışma yaratacak bir sorundur.

KENDİGELEN, YürK. 20/2, c. 2 hükmünün lafzı itibarıyla, birinci cümlede yer alan ve herhangi bir toplantı nisabı aramayan düzenlemeyi de kapsar gözüktüğünü, ne var ki, YürK. 26/1, c. 3 karşısında böyle bir yorum yapılmasının mümkün olmadığını ve dolayısıyla, toplantı nisabı aranması gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁴.

Kanaatimizce, YürK. 20/2, c. 2, toplantı nisabı aranmayacağını öngören ilk cümleden ayrı yorumlanmamalıdır. YürK. 20/2, c. 1'in başında, önemi nedeniyle vurgulanan husus, toplantı nisabı aranmamasıdır; imtiyazlı pay sahipleri onayının aranmayacağı, bu cümlelerin ikinci kısmında belirtilmiştir. Ayrıca, YürK. 20/2, c. 2'nin amacı, yeni kanuna uyum sağlanması için gereken belirli kararların alınmasını kolaylaştırmak olduğu içindir ki, bu hüküm, m. 26 kapsamındaki anasözleşme değişikliklerine yönelik olarak toplanacak genel kurullara da teşmil edilmiştir. Esasen, m. 20/2'nin, ETK'deki toplantı ve karar nisaplarına yollama yapan m. 26/1 karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı da söylenebilir.

Bu durumda, olması gereken hukuk açısından isabetleri, uyumları ve birlikteliklerinin bilinçli olup olmadığı kuşkusuz sorgulanabilecek bu iki hükmün, yani YürK. 20/2 ile, toplantı nisabından söz eden YürK. 26/1, c. 3'ün, de lege lata nasıl bağdaştırılacağı, daha doğrusu uygulanma alanlarının birbirinden nasıl ayırt edileceği sorusu önem kazanmaktadır.

YürK. 20/2, "m. 26 uyarınca yapılacak esas sözleşme değişiklikleri" ni kapsamakta iken, m. 26/1'in, anasözleşme değişiklikleri de dahil, tüm genel kurul toplantıları bakımından ETK'ya atıf yapan anasözleşme hükümlerini kapsadığı görülmektedir. Buradan hareketle, "anasözleşme değişiklikleri için yapılacak genel kurullarda uygulanacak toplantı ve karar nisabı konusunda ETK'ya atıf yapan hükümlerin değiştirilmesi amacıyla, m. 26 uyarınca yapılacak değişiklikler için genel kurul toplantı nisabı

¹⁴³ Bu süre Kanun Tasarı aşamasındayken, üç ay olarak belirlenmişti. Ancak üç aylık süre, uygulama sorunları ve özellikle anasözleşmelerin değiştirilmesi bakımından kısa olması nedeniyle, altı ay olarak değiştirilmiştir. Bkz. Adalet Komisyon Raporu.

¹⁴⁴ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 274, dn. 109.

aranmayıp, mevcudun çoğunluğu ile karar alınmasına imkan verilmesi; anasözleşme değişiklikleri dışındaki diğer genel kurullarda uygulanacak toplantı ve karar yetersayıları konusunda ETK'ya atıf yapan hükümlerin değiştirilmesi amacıyla yapılacak genel kurullar için ise, m. 26/1 atfı ile uygulanacak ETK'dan hareketle toplantı yetersayısı aranması şeklinde bir çözüm önerisi düşünülebilir.

B. Ağırlaştırılmış Yetersayılar¹⁴⁵

1. Genel Olarak

Kanun bazı konularda karar alınabilmesi için ağırlaştırılmış yetersayılar öngörmüştür. Özellikle anasözleşme değişikliklerinde ilgili konuya göre farklı yetersayılar aranmaktadır (TTK m. 421). Ancak m. 421'in dışında da Kanunda ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmüştür (örneğin, m. 151, 173, 189).

ETK m. 388'de de anasözleşme değişiklikleri için ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmüşken¹⁴⁶; TTK'da, anasözleşme değişiklikleri için uyulması gereken yetersayılar da, ETK'ya oranla farklılıklar yapılmıştır.

Bir ortaklığın anasözleşmesi, yapılacak anasözleşme değişiklikleri için ETK. 388'de öngörülen nisapları ağırlaştırılan hükümler içeriyor ve anasözleşmedeki nisap, TTK. 421'in birinci fıkrasındakilerden de daha ağır ise, anasözleşmedeki bu nisapların uygulanmasına devam edilebilecek; fakat daha hafif ise, TTK. 421 uygulanacaktır (YürK. 26/3). Görüldüğü üzere bu düzenleme, sadece anasözleşme değişikliklerine özgü ve TTK. 421'in ilk fıkrasına giren konular ile sınırlıdır. Gerçi YürK. 26/3, c. 2'de, yalnızca TTK. 421 zikredilmiş ve bu maddenin ilk fıkrasından söz edilmemiş ise de, bu cümle, ilk cümlenin devamı olduğu için, iki cümlenin uygulanma şartlarının da birlikte değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

Bu arada, ilginç bir örnek olarak, anasözleşme değişikliği yoluyla imtiyazlı pay oluşturulması üzerinde durulabilir. ETK'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, anasözleşme değişikliği yoluyla imtiyazlı pay oluşturulması yolunun tamamen kapalı olmadığı kabul edilmektedir¹⁴⁷. İmtiyaz oluşturmak için yapılacak anasözleşme deği-

¹⁴⁵ Bu konuya ilişkin bkz. **Hamamcıoğlu, Esra**: Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme Değişikliği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 228-235.

¹⁴⁶ TTK m. 388'e göre; şirketin tabiyetinin değiştirilmesi ve pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılmasına ilişkin anasözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul toplantılarında bütün pay sahiplerinin hazır bulunması ve oy birliği ile karar alınması şarttır. Ortaklığın konusunun ve türünün değiştirilebilmesi için esas sermayenin en az üçte ikisine sahip olan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması şarttır. İlk toplantıda esas sermayenin üçte ikisi temsil edilmediği takdirde, yönetim kurulu, genel kurulu usulüne uygun olarak toplantıya çağırabilir. İkinci toplantının yapılabilmesi için de, esas sermayenin yarısına sahip olan pay sahipleri ya da temsilcilerinin toplantıda hazır bulunması gerekir. Karar yetersayısı ise, toplantıda hazır bulunanların çoğunluğudur. Diğer anasözleşme değişiklikleri için yapılacak genel kurul toplantılarında esas sermayenin en az yarısına sahip olan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması gerekir. İlk toplantıda bu yetersayı sağlanmadığı takdirde, ikinci toplantıda esas sermayenin en az üçte birine sahip pay sahipleri ya da temsilcilerinin toplantıda hazır bulunması gerekir. Karar yetersayısı yine, toplantıda hazır bulunanların çoğunluğudur.

¹⁴⁷ ETK'da özel bir düzenleme olmadığından imtiyaz oluşturulmasının mümkün olup olmadığı, tanınacak imtiyazların kapsamı, dayanağı ve denetimi öğretide tartışmalıdır. Sorunu özellikle oy hakkında imtiyaza yönelik inceleyen Kendigelen, sonradan yapılacak bir anasözleşme değişikliği ile imtiyazlı pay yaratılmasının ilk anasözleşme ile tanındığı ileri sürülen müktesep hakların ihlali anlamını taşımayacağı, ancak her *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

şikliklerinde uygulanacak yetersayılar konusunda özel bir düzenleme olmadığından, bu değişiklik ETK m. 388, f. 3'teki değişiklik konuları kapsamında değerlendirilmelidir. Anılan fıkrada düzenlenen yetersayılar nispi emredici nitelikte olduklarından¹⁴⁸, anasözleşme yoluyla daha da ağırlaştırılmaları mümkündür. Böylece örneğin, anasözleşme değişikliği yoluyla imtiyazlı pay oluşturulması konusunda toplantı yetersayısı olarak, esas sermayenin en az üçte ikisinin hazır bulunması, anasözleşme ile düzenlenmiş olabilir. ETK döneminde hazırlanan anasözleşmede öngörülen böyle bir nisap aslında TTK m. 421/1'de öngörülen nisaptan daha ağır olmakla birlikte, anasözleşmede, TTK m. 421/1'de öngörülen nisaptan daha ağır bir nisaba yer verilmiş olması, doğrudan bu nisabın uygulanacağı anlamına gelmez. Zira, yeni düzenlemede anasözleşme değişikliği yoluyla imtiyazlı pay oluşturulması kararı, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarına bağlanmış ve bu nisabın anasözleşme yoluyla hafifletilmesine de izin verilmemiştir (TTK m. 421/3,b).

2. Payscalelerinin Taahhütlerinin Artırılması veya İkincil Yükümlülükler Konulması, Ortaklık Merkezinin Yurt Dışına Çıkarılması

TTK'da, bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük getiren ve ortaklık Merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin anasözleşme değişikliği kararlarının sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oy birliğiyle alınacağı hüküm altına alınmıştır (TTK m. 421/2).

genel kurul kararında olduğu gibi burada da genel kurul kararlarının iptaline ilişkin denetimin geçerli olacağı sonucuna varmıştır. **Kendigelen, Abuzer:** Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 144-146. Tekinalp ise, üstünlük tanınan kar payı, tasfiye payı gibi hakların müktesep haklar arasında yer aldığı, bu nedenle anasözleşme değişikliği ile bazı paylara kar payı, tasfiye payı, oy kullanma gibi konularda üstünlük sağlanmasının diğer payların ilk anasözleşme ile elde ettikleri müktesep hakları ihlal edebileceğini, kaldı ki İsviçre hukukunun aksine TTK'da sonradan imtiyaz yaratılabileceğine ilişkin açık bir hükmün bulunmadığından hareketle, sonradan yapılacak bir anasözleşme değişikliği ile imtiyaz yaratılmasının ilke olarak mümkün olmayacağı; ancak somut olayın özelliklerine göre haklılık ve gereklilik söz konusu ise buna izin verilebileceği görüşündedir. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 783.

¹⁴⁸ ETK m. 388'de yer alan nisapların değiştirilmesi konusunda kanunda bir düzenleme yer olmadığından öğretilde bu hükümde belirtilen yetersayıların değiştirilip değiştirilemeyeceği, değiştirilecekse, bu değiştirmenin hangi yönde olabileceği tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre, ETK m. 388'deki yetersayıya ilişkin kural genel kurul toplantılarına uzak kalan, katılmayan pay sahiplerini korumak amacıyla getirilen asgari sınırlardır. Bu nedenle de anasözleşmede yapılacak yetersayı değişikliği ancak ağırlaştırma yönünde olabilecek, hafifletilmesi mümkün olmayacaktır. Bu görüş, yetersayıların ağırlaştırılmasının ortaklıkta güç boşluğu sorununu yaratması ihtimalinde basiretli davranma yükümlülüğüne olan ortaklığın kendi yarattığı sonuca katlanması gerekeceğini belirtmektedir. **Arslanlı**, AŞ II-III s. 37 vd.; **Ansay**, s. 186; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 193 ve orada, dn. 300'de zikredilen yazarlar; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 274, dn. 111. Poroy ise, ETK m. 388'de ağırlaştırılmış toplantı nisaplarının öngörülmesinin temelinde genel kurulun toplanamama tehlikesi ile önemli kararların çok sayıda pay sahibinin katılımı ile alınması arasında kurulan menfaatler dengesinin yattığını, bu nedenle de hükmün emredici bir hüküm olduğunu ve burada yer alan oranların açık bir kanuni düzenleme olmadan anasözleşme ile ağırlaştırılmayacağı kabul etmektedir. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 690. Aynı yönde bkz. **Karahan**, Sami: Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991, s. 28.

Öğretide TÜRK, pahasahiplerinin taahhütlerinin artırılması ifadesi yerine “bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlardan” bahsedilmesinin nedeninin anlaşılamadığını belirtmektedir¹⁴⁹.

MOROĞLU da kanımızca haklı olarak, hükümde sadece “bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar” için oybirliğinden söz edilmesinin hatalı olduğunu, zira bu ifadeden bilanço zararlarının kapatılması dışındaki yükümlülükler için oybirliği gerekmeyeceği gibi bir anlam çıkarılabileceğini belirtmektedir. Yazara göre bu bendin doğru ifadesi “pahasahiplerinin taahhütlerini artıran veya ikincil yükümlülük koyan kararlar” şeklinde olmalıydı¹⁵⁰.

Buna göre; pahasahiplerinin taahhütlerinin artırılması ya da pahasahiplerine ikincil yükümlülük yüklenmesi ve ortaklık merkezinin yurt dışına taşınmasına yönelik anasözleşme değişikliklerinde tüm pahasahiplerinin toplantıda bulunmaları ve değişikliğe olumlu oy vermeleri gerekmektedir.

Kanımızca, ikincil yükümlülükler anasözleşme değişikliği yoluyla ortaklıktaki payların bir kısmına bağlanmışsa, bu hükmü yükümlülük üstlenecek olan payların sahiplerinin oybirliği şeklinde anlamak amaca daha uygun olacaktır¹⁵¹.

Bu yetersayıya ilk toplantıda ulaşılamadığı takdirde, izleyen toplantıda da aynı yetersayı aranacaktır (TTK m. 421/4).

3. İşletme Konusunun Tamamen Değiştirilmesi, İmtiyazlı Pay Oluşturulması, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması, Esas Sermayenin Azaltılması
TTK’da, ortaklık işletme konusunun tamamen değiştirilmesi; imtiyazlı pay oluşturulması¹⁵², nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına yönelik anasözleşme değişikliklerinde ise sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları aranmaktadır. Esas sermayenin azaltılması kararının da TTK m. 473/3’ün yaptığı yollama uyarınca aynı oranda (sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan) payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınması gerekmektedir.

TTK, yukarıda belirtilen orana ilk toplantıda ulaşılamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı yetersayının aranacağını düzenlemiştir (TTK m. 421/4).

Görüldüğü üzere, ilk toplantıda ulaşılamayan oran, aynen ikinci toplantıda da aranmaktadır. Oysa ETK m. 388’de ilk toplantıda kanunen aranan yetersayıyla ulaşılmaması durumunda, ikinci toplantıda daha hafif bir oran öngörülmektedir. Kanımızca TTK’nın ilk toplantıda ulaşılmayan nisabı ikinci toplantıda da aynen aranması uygulamada anonim ortaklıkların işleyişini zorlaştırıcı niteliktedir¹⁵³.

¹⁴⁹ Türk, Düşünceler, s. 2189.

¹⁵⁰ Moroğlu, Tasarı, s. 227.

¹⁵¹ ETK m. 388 düzenlemesi karşısında da bu sonuca amaca uygunluğu yolunda bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1083.

¹⁵² Bkz. TTK m. 421 hükmünün gerekçesinde imtiyazların genişletilmesinin hükmün kapsamına dahil olmadığı belirtilmiş ise de, bu sonuca doğrudan ulaşmak zor ve tartışma yaratacak niteliktedir.

¹⁵³ Türk de, ETK m. 388’in 3585 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki dönemde eleştirilmesinin temel sebeplerinden birinin ilk toplantıda yeterli toplantı nisabı sağlanamaması halinde izleyen toplantılarda da aynı yetersayının aranmasının anonim ortaklığın işleyişini zorlaştırması olduğunu ve ETK m. 388’in de bu eleştiriler doğrultusunda değiştirildiğini belirterek, yeni düzenlemeyle anasözleşme değişikliklerinde YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

TTK'da, ETK'dan farklı olarak işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ile işletme konusunun değiştirilmesi için ayrı yetersayılar öngörülmektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere işletme konusunun tamamen değiştirilmesi özel bir anasözleşme değişikliği olarak kabul edilmiş ve sermayenin yüzde yetmişbeşini oluşturan payların olumlu oyu aranmıştır. Oysa işletme konusunun değiştirilmesi için ayrı bir nisap öngörülmediğinden anasözleşme değişikliği için öngörülen genel nisaba uyulması yeterli olacaktır (TTK m. 421/1). Konunun tamamen değiştirilmiş olup olmadığının tespitindeki¹⁵⁴ güçlük bir yana, böyle bir ayırımın isabeti de tartışılabilir.

Ayrıca, TTK'da işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı pay sahiplerinin, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı olmadıkları hüküm altına alınmıştır.

Gerekçede, hükmün amacının, devri sınırlandırılmış bulunan bir nama yazılı pay sahibine, işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ve/veya imtiyazlı paylar oluşturulması durumunda herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın paylarını devrederek ortaklıktan çıkma olanağını sağlamak olduğu ifade edilmiş ise de, hükmün isabeti ve pratik kabiliyeti tartışma götürür¹⁵⁵.

4. Pay Senetleri Menkul Kıymet Borsalarında İşlem Gören Şirketlere İlişkin Özel Hükümler

Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde, sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin anasözleşme değişiklikleri ile birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin kararların alınabilmesi için yapı-

izleyen toplantıda dahi aynı nisabın uygulanacağını belirtilmesi ile adeta ETK m. 388'in eski (ilk) şekline dönüldüğünü haklı olarak belirtmektedir. **Türk**, Düşünceler, s. 2188.

¹⁵⁴ İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi ile işletme konusunun değiştirilmesi arasındaki sınırın nasıl çizileceği konusu ile ilgili olarak, hükmün gerekçesinde, "İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi ile konudan başka bir işletme konusuna geçilmesi veya bu sonucu doğuracak değişiklikler kastedilmiştir. Mesela mobilya üretiminden vazgeçilip turizm yapmak istenmesi veya mobilyacılık muhafaza edilmekle birlikte kaleme alış şekline göre pasif konu kabul olunması gibi. İşletme konusunun daraltılması veya genişletilmesi, hatta önemli değişiklikler, bu hükmün kapsamı dışındadır. Mevcut işletme konusunun terk edilip ona çok yakın bir konuya geçilmesine bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı mahkeme kararları ile doktrine bırakılmıştır" denilmektedir. Bkz. m. 421 hükmünün gerekçesi.

¹⁵⁵ Nitekim Moroğlu, "...bu imkanın olumsuz oy veren pay sahiplerinin çıkarlarını koruyacak nitelikte değildir. Bir kere, pay sahiplerine adeta "kapının gösterilmesinin" bir "çare" olarak sunulması kabul edilemez. İkinci olarak, bu "çare" bir kısım pay sahiplerinin paylarını ucuz-pahalı satıp gitmeleri için zorlama aracı olarak kötüye kullanılacaktır. Üçüncü olarak, pay sahibinin içine sindirmediği anasözleşme değişikliğini içine sindirip payın değer pahasını ödeyecek alıcı altı ayda nasıl bulunacak? Madem, bir kısım pay sahiplerine ya anasözleşme değişikliğini içlerine sindirme veya paylarını devredip gitme seçeneklerinden başka bir seçenek bırakılmıyor, o zaman hiç olmazsa, anasözleşme değişikliğine olumlu oy veren pay sahiplerine, hisselerini üç ay içinde elden çıkarmak isteyen pay sahiplerinin paylarını rayiç değerleri üzerinden satın alma yükümlülüğünün getirilmesi ve yapılan anasözleşme değişikliğinin yürürlüğe girmesinin pay bedellerinin nakden ve tamamen ödenmesi şartına bağlanması daha doğru olmaz mıydı" ifadeleri ile düzenlemeyi isabetle eleştirmektedir. **Moroğlu**, Tasarı, s. 228.

lacak genel kurul toplantılarında, anasözleşmelerinde aksine hüküm yoksa, 418. maddedeki toplantı nisabının uygulanacağı belirtilmiştir (m. 421/5).

Düzenleme yalnızca pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklara uygulanacaktır. Bu nitelikte olmayan halka açık anonim ortaklıklar hükmün kapsamı dışındadır. Söz konusu düzenlemenin amacı gerekçede ağırlaştırılmış nisaplarla alınması çok güç olan kararların alınmasının sağlanmasını kolaylaştırma olarak belirtilmiştir¹⁵⁶.

Hükümde sadece 418. maddedeki toplantı nisabına atıf yapıldığından, söz konusu hususlara ilişkin karar nisabının ne olacağı sorunu ortaya çıkmakta ve hükmün konuluş amacı dikkate alınarak, karar nisabı konusunda da m. 418'in uygulanacağı belirtilmektedir¹⁵⁷. Kanaatimizce, aynı sonuca, m. 421/1 yoluyla da varılabilir; bu hüküm genel kural niteliği arzettiği için, karar yetersayısı yönünden özel düzenleme içermeyen m. 421/5 için de aynı maddenin ilk fıkrasındaki karar yetersayısı geçerlidir.

Pay senetleri menkul kıymet borsasında işlem gören ortaklıklarda, birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararları için m. 421/5/b saklı tutulduğundan, bu ortaklıkların tür değiştirme kararlarında m. 418'de belirtilen nisap uygulanacaktır (TTK m. 151/1/a, m. 189/1/a). Böylelikle pay senetleri menkul kıymet borsasında işlem gören ortaklıkların birleşme, bölünme ve tür değişikliğine ilişkin kararları arasında bir ayırım yapılmamış, hepsi aynı nisaba bağlanmıştır.

Tüm ticaret ortaklıklarının birleşme, bölünme ve tür değişikliği kararlarına ilişkin nisaplar TTK'nın genel hükümler kısmında ayrı bir başlık altında düzenlenmişken, pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören ortaklıkların bölünme, birleşme ve tür değiştirme kararları için gerekli nisaba anasözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisapları kenar başlığını taşıyan, TTK m. 421/5/b'de yer verilmesi sistematik açıdan isabetli olmamıştır¹⁵⁸.

5. Diğer Değişiklikler

Yukarıda anılan durumlar haricindeki anasözleşme değişiklikleri için kanunkoyucu genel bir yetersayı öngörmüştür. TTK m. 421/1'e göre; "*Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkrada öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir*"¹⁵⁹. Karar nisabı ise, mevcut oyların çoğunluğudur¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Bkz. m. 421 hükmünün gerekçesi. Pulaşlı, hisse senetleri borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklarda sermayenin %100'ünün veya 1/3'ünün genel kurul toplantılarında hazır bulunmasının pek mümkün olmadığını, bu nedenle de söz konusu kararların daha düşük bir nisapla alınmasının amaca uygun olduğunu belirtmektedir. Pulaşlı, Şerh, s. 786.

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. Çoştan, Hülya: TTK Tasarısının Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümleri, Ankara 2009, s. 40.

¹⁵⁸ Aynı yönde bkz. Çoştan, s. 40-41.

¹⁵⁹ Kanun tasarısının ilk şeklinde söz konusu fıkra şu şekilde düzenlenmişti: "Kanunda ve esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, genel kurulda mevcut oyların YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Kanımızca anasözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisaplarını belirleyen ETK m. 388 uygulamadaki ihtiyaçları karşılar niteliktedir. Bu nedenle kapsamlı bir değişikliğe gidilmeden TTK'da da önceki düzenlemenin korunması daha doğru bir tercih olacaktır.

Öğretide MOROĞLU da, TTK'nın 421. maddesi ile getirilen sistemin mevcut anonim ortaklık anasözleşmeleri ile ortakları arasındaki çıkar dengesini alt üst edeceğini ve bir çok uyuşmazlığa neden olacağını ayrıca böyle bir değişikliğe gidilmesi için neden de bulunmadığını belirterek, ETK'nın 388. maddesinin yapılacak ufak değişikliklerle muhafaza edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶¹.

YILDIZ ise, TTK'nın sermaye artırımı ve azaltımı da dahil anasözleşme değişiklikleri için; "Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için, toplantı nisabı şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkrada öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir" hükmünü getiren 421. maddesinin, Avrupa Birliği tarafından çıkarılan, Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin 13 Aralık 1978 Tarih ve 77/91/EEC Sayılı İkinci Konsey Yönergesinin sermayenin artırılması ve azaltılmasına ilişkin genel kurullardaki kararların ortaklığın taahhüt edilmiş sermayesinin üçte ikisini temsil eden oy çokluğu ile alınabileceğini düzenleyen 40. maddesine aykırı olduğunu savunmaktadır¹⁶².

YILDIZ, ayrıca bir anonim ortaklığın anasözleşmesini değiştirmek yoluyla kayıtlı ya da şartlı sermaye artırımının gerçekleştirilmesinde aranılacak nisabın da İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi açık bir düzenleme ile sermayenin en az yüzde

çoğunluğu ile alınır. Bu nisabı düşüren veya nispi çoğunluğu öngören sözleşme hükümleri geçersizdir". Anılan düzenlemede ayrı bir toplantı nisabına yer verilmemiş, bu durum gerekçede "421 inci madde sadece esas sözleşme değişikliklerine uygulanacak toplantı ve karar nisaplarını göstermektedir. Nisaplar "kararlar" bağlamında ifade edilmiştir. Ancak hükümlerden de anlaşılacağı üzere, öngörülen kararların almabilmeleri en az o oranda toplantı nisabının varlığı ile mümkündür" şeklinde açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu düzenleme tarzı "toplantı ve karar yetersayılarının ayrı ayrı belirtilmemiş olması; gerekçede belirtildiğinin aksine nisapların kararlar bağlamında ifade edilmesinin açıklık ve hukuk güvenliği açısından sakıncalı olduğu; ayrıca 418 inci maddede toplantı ve karar yetersayılı ayrı ayrı belirtilirken 421. maddede bundan sapılmasının çelişkili bir tutum olduğu " gerekçeleriyle Moroğlu tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Moroğlu, Tasarı, s. 226. Bu eleştirileri dikkate alan komisyon maddeyi daha açık bir şekilde kaleme almıştır.

¹⁶⁰ Öğretide Koç, "mevcut oylar" ifadesi yerine, "kullanılan oy" ya da "toplantıya katılan ortakların oy çokluğu ile verecekleri kararla alınır" ifadesinin tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Koç, Nevzat: Türk Ticaret Kanunu Toplantısı, III, s. 892-893. Yine, "toplantıda kullanılan" ibaresinin daha doğru olacağı yönünde bkz. Bahtiyar, Türk Ticaret Kanunu Toplantısı, III, s. 893. Anasözleşme değişikliklerine ilişkin m. 421'de mevcut bulunan oyların çoğunluğu ibaresine yer verilirken, genel kurulun basit toplantı ve karar nisabını belirleyen TTK m. 418'de toplantıda hazır bulunan oylardan bahsedilmiştir. Kanımızca dil bütünlüğü açısından her iki hükümde ortak bir ifadenin kullanılması daha yerinde olurdu.

¹⁶¹ Moroğlu, TTK Tasarısı, s. 211-212.

¹⁶² Yıldız, Şükrü: Türkiye Büyük Millet Meclisine Sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Hakkında Görüş ve Öneriler, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 426.

yetmişbeşinin arandığı konular arasında sayılmasının ortaya çıkacak uyumsuzluk ve haksızlıkların giderilmesine önemli katkılar sağlayacağını ifade etmektedir¹⁶³.

VI. TOPLANTININ AÇILMASI VE YÜRÜTÜLMESİ

Anasözleşmede aksine herhangi bir düzenleme yoksa, toplantıyı, genel kurul tarafından seçilen, pay sahibi sıfatını taşıması şart olmayan bir başkan yönetir¹⁶⁴ (TTK m. 419/1). Başkan tutanak yazmanı ile gerek görürse oy toplama memurunu belirleyerek başkanlığı oluşturur. Gereğinde başkan yardımcısı da seçilebilir. Anonim şirket yönetim kurulunca, genel kurulun çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren bir iç yönerge hazırlanır. Bu yönergenin asgari unsurları, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenir ve genel kurulun onayından sonra yürürlüğe konulur. İç yönergenin tescil ve ilanı da zorunludur (TTK m. 419).

TEKİNALP, tek kişilik anonim şirketlerde de genel kurul toplantılarında toplantı başkanının seçilmesi ve toplantının başkan tarafından genel kurul iç yönetmeliğine göre yönetilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁵.

Tutanak, pay sahiplerini veya temsilcilerini, bunların sahip oldukları payları, gruplarını, sayılarını, itibarî değerlerini, genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları, alınan kararları, her karar için kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarını içerir. Bu anlamda, tutanak genel kurulda alınan kararları ve yapılan seçimleri kanıtlama işlevine sahiptir¹⁶⁶.

Tutanak, toplantı başkanlığı tarafından imzalanır. Bakanlık temsilcisinin bulunması gereken toplantılarda o da tutanağı imzalar. Tutanakta imzaların bulunmaması, kararların geçersizliği sonucunu doğurur¹⁶⁷. Yönetim kurulu, tutanağın noterce onaylanmış bir suretini derhâl ticaret sicili memurluğuna vermek ve bu tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususları tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür; tutanak ayrıca

¹⁶³ Yıldız, s. 427.

¹⁶⁴ TTK ve ETK'da başkanın oyuna üstünlük tanıyan bir hükme yer verilmemiştir. TTK'da, ETK'dan farklı olarak toplantı başkanının pahasibi sıfatını taşımasının zorunlu olmadığı açıkça belirtilmiştir. Pulaşlı, pahasibi olan toplantı başkanına üstün oy hakkı tanınmasına ilişkin TTK'da bir hüküm olmadığı belirtiltikten sonra; "Bu durumda, esas sözleşmede genel kurul başkanına (oy eşitliği halinde) üstün oy hakkı tanımlanabilir" diyerek, anasözleşme yoluyla başkana üstün oy hakkı tanımlanabileceğini belirtmektedir. TTK m. 340'm getirdiği emredici hükümler ilkesi karşısında, bu yöndeki bir anasözleşme hükmünün geçerlilik kazanması mümkün gözükmediği gibi, uygulamada tartışmalara neden olabilecektir. Bu noktada, TTK m. 340'm anasözleşmeler üzerindeki olumsuz etkisi bir kez daha vurgulanmalıdır. Yönetim kurulu toplantılarında da başkanın oyuna üstünlük tanınmamıştır. TTK. 390/3'e göre, oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır.

¹⁶⁵ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 176.

¹⁶⁶ Pulaşlı, Şerh, s. 789.

¹⁶⁷ TTK m. 422'de; "Tutanak, toplantı başkanlığı ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır; aksi halde geçersizdir" ifadesi yer almaktadır. Teoman'ın da haklı olarak belirttiği üzere, burada tutanağın geçersiz olması değil, alınan kararların geçersizliği söz konusudur. Teoman, Genel Kurula Katılmak Zorunda Olanlar, s. 33. Moroğlu'nun madde önerisi için bkz. Moroğlu, Tasarı, s. 229.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

hemen şirketin internet sitesine konulur (TTK m. 422)¹⁶⁸. Aynı zorunluluk tek kişilik anonim ortaklıklar bakımından da geçerlidir¹⁶⁹.

Hükümde bu tutanağın ne zamana kadar düzenleneceğine ilişkin belirli bir süre belirtilmemiştir. PULAŞLI, Kanunda geçen “derhal” ifadesi karşısında tutanağın en geç bir hafta içerisinde imzalanıp, tescil ve ilan edilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁷⁰.

VII. GENEL KURUL TOPLANTILARINDA ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

A. Toplantının Ertelenmesi

Finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular, azınlık pay sahiplerinin istemi üzerine, genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır. Erteleme, pay sahiplerine ilanla bildirilir ve internet sitesinde yayımlanır. İzleyen toplantı için genel kurul, kanunda öngörülen usule uyularak toplantıya çağırılır. İkinci erteleme için finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları hakkında, ilgililer tarafından, “dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri”¹⁷¹ uyarınca cevap verilmemiş olması şarttır (TTK m. 420).

B. Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Karar

TTK m. 424'e göre; bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur. Bununla beraber, bilançoda bazı hususlar hiç veya gereği gibi belirtilmemişse veya bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine engel olacak bazı hususları içeriyorsa ve bu hususta bilinçli hareket edilmişse onama ibra etkisini doğurmaz. Bu hükmün kenar başlığı “bilançonun onaylanmasına ilişkin karar”dır.

İbra, kısaca menfi borç ikrarı (borçtan kurtarma) niteliğinde olup, yönetim kurulunca söz konusu dönemde yapılan işlemlerin hukuka uygunluk taşıdığının ve ortaklık açısından işin gereğine uygun olduğunun, genel kurul tarafından beyan edilmesidir¹⁷². Kural olarak yönetim kurulu üyeleri ibra edilebilirse de, murahhas üyelerle, denetçiler ve yönetim kurulu üyeleri ile aynı sorumluluğa tabi tutulan müdürlerin de ibra edilebileceği TTK m. 424'de belirtilmiştir. TTK m. 424'de, ETK m. 380'e paralel şekilde denetçilerin de ibra edilebileceği belirtilmiştir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, yeni

¹⁶⁸ Pulaşlı, Şerh, s. 790.

¹⁶⁹ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 262 ve dn. 95; Pulaşlı, Şerh, s. 790.

¹⁷⁰ Pulaşlı, Şerh, s. 790, 793.

¹⁷¹ Kendigelen hükümde geçen “dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri” şeklindeki ifadenin “dürüst hesap verme ilkeleri” şeklinde olması gerektiğini belirtmektedir. Yazar haklı olarak maddede yer alan “ölçüsü” kelimesinin herhangi bir anlam yüklenmesi mümkün olmayan gereksiz bir kelime olduğunu ve bu nedenle madde metninden çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 271, dn. 106.

¹⁷² Ansay, s. 149; Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, Makaleler, İstanbul 2010, s. 476; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 139.

düzende denetçi organ olmaktan çıkarıldığından, denetçilerin genel kurul kararıyla ibra edilmelerinin yerindeligi tartışmaya açıktır¹⁷³.

İbra açık ya da örtülü şekilde gerçekleşebilir. Örtülü ibra ETK m. 380'de yer alır. Olağan genel kurul toplantısında bilançonun onaylanması aksi öngörülmedikçe ibra sonucunu doğurur; fakat bilanço bazı hususları içermiyorsa veya gerçeği yansıtmıyorsa, bilançonun onaylanması, ibra sonucunu doğurmaz. Bunun yanında öğretide haklı olarak belirtildiği üzere ibranın olağan ya da olağanüstü bir genel kurul toplantısında açık şekilde karara bağlanması da mümkündür. Nitekim ETK m. 374/2 hükmü de bu görüşü doğrular¹⁷⁴.

TTK'da ise, ETK'dan farklı olarak açık ibra olağan genel kurul toplantısının zorunlu bir gündem maddesi haline gelmiştir¹⁷⁵. TTK m. 409'a göre; olağan genel kurul toplantılarında, organların seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, karın kullanım şekline, dağıtılacak kar ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara ilişkin müzakere yapılır, karar alınır". Dolayısıyla yeni düzende açık ibra olağan genel kurul toplantısının gündeminde bulunmak zorundadır.

TTK m. 424'de de bilançonun onaylanmasının yönetim kurulu üyeleri ile müdürler ve denetçilerin ibrası anlamına geldiği belirtilerek, örtülü ibra kanunen düzenlenmiştir¹⁷⁶. Buna göre, kanun bilançonun onaylanmasının kural olarak ibra sonucunu doğuracağını kabul etmiştir. TTK m. 424'ün ibra olan kenar başlığı Alt Komisyon tarafından "madde ibrayı değil, bilançonun onaylanmasına ilişkin kararın sonucunu düzenlemektedir" gerekçesiyle değiştirilmiştir. Oysa, bu değişiklik maddede örtülü ibranın düzenlendiği gerçeği karşısında gereksizdir. Zira, bilançonun onaylanması kararı, yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere, ibra sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün yeri sistematik açıdan doğru değildir. Hüküm sorumlulukla ilgili olduğu için, Kanun sistematığında "sorumluluk" kısmında yer almalıdır¹⁷⁷.

Öte yandan eklemeliyiz ki, ETK m. 369'dan farklı olarak, TTK m. 409 uyarınca, olağan toplantı gündeminde açık ibranın ayrıca yer alması gerektiğine göre, TTK m. 424 anlamında bilançonun onaylanması suretiyle (örtülü) ibranın uygulanma alanı bulma olasılığının olup olmayacağı da ayrıca değerlendirilebilir.

¹⁷³ "Yeni sistemde artık bir organ olarak görev yapmayan denetçinin genel kurul kararı ile ibra edilmesinden söz edilemeyeceği" yolunda haklı tespit için bkz. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 276.

¹⁷⁴ **Moroğlu, Erdoğan**: Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, Makaleler, İstanbul 2010, s. 476-477; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 139. Bu konuda ayrıca bkz. **Çelik, Aydın**: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007, s. 51.

¹⁷⁵ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 263.

¹⁷⁶ Benzer bir düzenleme ETK m. 380'de de yer almaktadır.

¹⁷⁷ Bu yönde bkz. **Moroğlu**, Tasarı, s. 230; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 275.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

KAYNAKÇA

Alışkan, Murat: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'mın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.

Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982.

Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960 (AŞ II-III).

Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler I, İstanbul 1960.

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2009 (Ortaklıklar).

Bahtiyar, Mehmet: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.

Bahtiyar, Mehmet: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Makaleler, C. II, İstanbul 2008, s. 177-234 (Değerlendirme).

Bahtiyar, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Denetçilerin Rapor Hazırlamaları Ve Olağan Genel Kurul Toplantısına Katılmamaları Nedeniyle Komiserin Toplantıyı Açmamasının Sonuçları (Somut Bir Olaya İlişkin Notlar), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, 2007/I, s. 371-380.

Baumbach/Hueck : Aktiengesetz, Kurzkommentar, München 1968.

Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, 2009, Schulthess Juristische Medien AG.

Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007.

Çoştan, Hülya: TTK Tasarısının Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümleri, Ankara 2009.

Dal, Seniha: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2008/I, s. 167-198.

Deryal, Yahya: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 377-399.

Dubs, Dieter/Truffer, Roland: İçinde: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Zürich 2008.

Dural, H. Ali: Çağrısız Toplanan Genel Kurulda Pysahiplerinden Birinin Toplantıyı Terk Etmesi, Alınan Kararlarının Geçerliliğini Etkiler mi?, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s. 369-376.

Eriş, Gönen: Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, Ticaret Şirketleri, Madde: 174-556, Ankara 2004.

Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Helvacı, Mehmet: "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları Ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik" Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, İlgili Mevzuat İle Birlikte, İstanbul 1997.

İmregün, Oğuz: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, Ankara 1962.

İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989 (AO).

Karasu, Rauf: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.

Kaya, Arslan: Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Bilgi Alma Hakkı, İstanbul 2001.

Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, İstanbul 2011 (İlk Tespitler).

Köksal, Aytaç: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 397 ila 404. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1387-1409.

Okutan Nilsson, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2001.

Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2009 (Hükümsüzlük).

Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, Makaleler, İstanbul 2010, s. 69-86 (Özel Denetçi).

Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2009 (Tasarı).

Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri İle Denetçilerinin Görev Süreleri, Makaleler, İstanbul 2010, s. 407-418 (Görev Süreleri).

Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, Makaleler, İstanbul 2010, s. 475-483.

Moroğlu, Erdoğan : Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Toplantıya Daveti Merasimine Aykırılığın Genel Kurul Kararına Etkisi ve Yargıtay Kararları, Makaleler, İstanbul 2010, s. 171-191.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal /Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003.

Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, İstanbul 2011.

Schaad, Hans-Peter: İçinde: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Zürich 2008.

Tanner, Brigitte: OR-Art. 698-706b: Die Generalversammlung, Zürcher Kommentar, V5b, 2. Aufl. 2003.

Tekinalp Ünal: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan "Güç Boşluğu" Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştiriler, Kubalı'ya Armağan, İstanbul 1974, s. 467-489.

Tekinalp, Ünal: Kurumdan Kurula Serisi: Tek kişilik Ortaklık, C. I: Tek Paysahipli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011 (Tek Kişilik Ortaklık).

Tekinalp, Ünal: Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TTK m 370), İkt. Mal. C. XV, S. 4, s. 156-160.

Tekinay, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Teoman, Ömer: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim Ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi İle İlişkisi, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir

Kararı Nedeniyle- Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, İstanbul 2000, s. 473-487.

Teoman, Ömer: Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kurulda Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı Ve Gündeme Bağlılık İlkesi, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, -Tüm Makalelerim-, C. I, İstanbul 2000, s. 436-445.

Teoman, Ömer: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Toplantılarına Bizzat Katılmak Yükümü Var Mıdır?, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, -Tüm Makalelerim-, C. I, 1972-1982, İstanbul 2000, s. 377-382.

Teoman, Ömer: Yürürlükteki Hukukumuzda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar, Batider, 2009, C. XXV, S. 4, s. 19-33.

Teoman, Ömer: Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, -Tüm Makalelerim-C. I, İstanbul 2000, s. 224-240 (Dinleyicilerin Katılması).

Türk, Ahmet: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2163-2197 (Düşünceler).

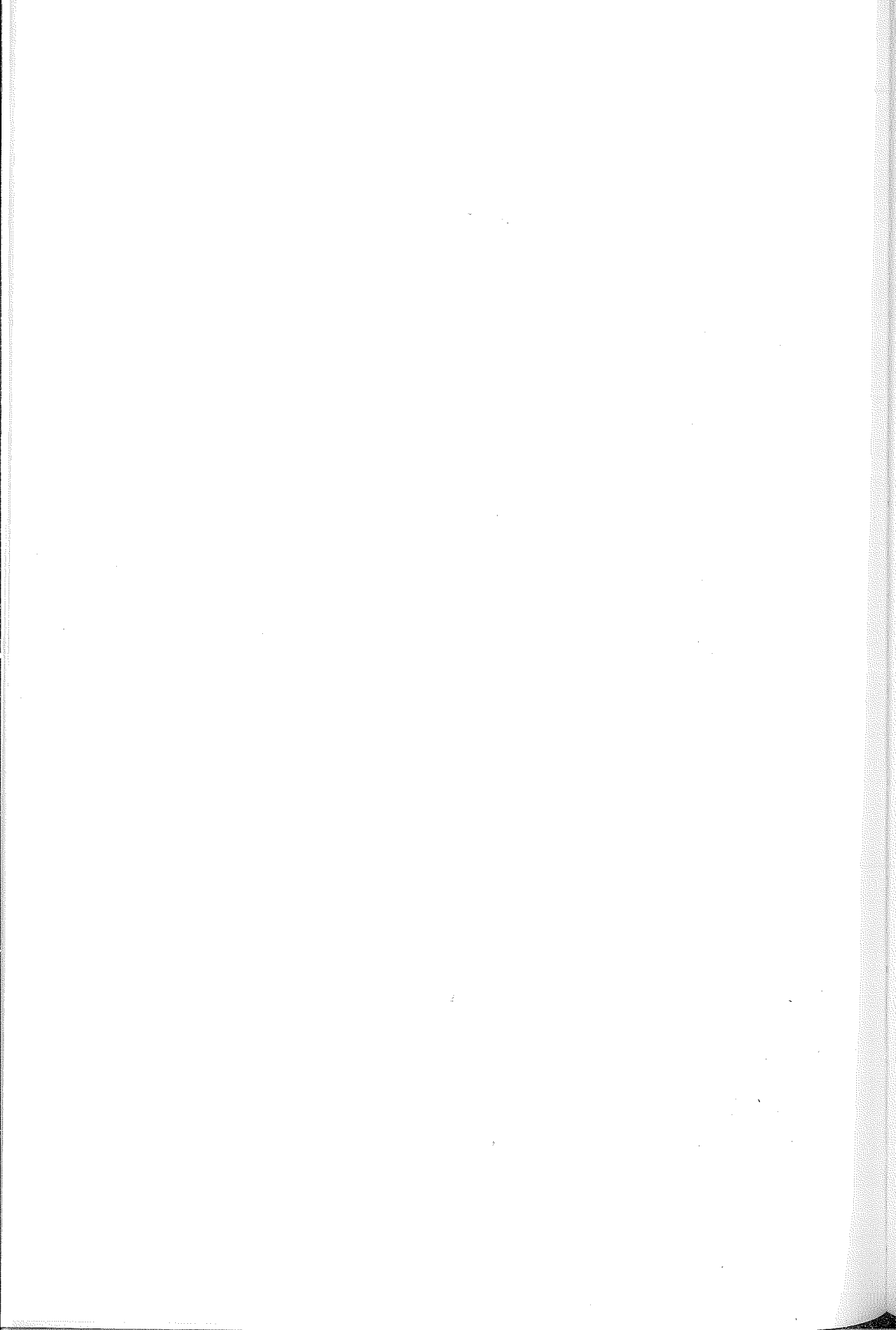
Türkoğlu, Ferah: Anonim Ortaklıklarda Organ Boşluğu Ve Ortaklığa Kayyım Atanması, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/II, s. 127-149.

Von der Crone, Hans Caspar: Die Internet-Generalversammlung, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht-Festschrift für Peter Forstmoser, 2003, s. 155 vd.

Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukuku, (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.

Yıldız, Şükrü: Türkiye Büyük Millet Meclisine Sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Hakkında Görüş ve Öneriler, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 423-433.

Yiğit, İlhan: Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi Ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005.



HUKUK FELSEFESİNİN REKABET VE DENETİM İKİLEMİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME: TÜRK BANKACILIK SİSTEMİNİN YAPISI ÜZERİNE İKİ DENEME YAZISI*

(COMPETITION VERSUS REGULATION PARADOX OF THE LEGAL SYSTEMS:
TWO CRITICAL ESSAYS ON A CASE STUDY OF THE TURKISH BANKING SYSTEM (1962-
2010))

Prof. Dr. E. Abdülgaffar AĞAOĞLU**

ÖZET

Tam rekabet arz ve talebin oluşturduğu bir fiyat mekanizmasına dayandığı için, ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağıtımı gerçekleşirken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte genel refaha olumlu katkılar sağlanmış olacaktır. Gerçekleşecek olan rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanımını teşvik edici bir görev üstlenmiş, ve böylece, kaynak israfının minimize edilmesi de mümkün hale gelmiş olacaktır. Bankacılık örneğinde, tam rekabet koşullarında, “BANK MANAGEMENT TRAP” olarak da adlandırılabilir üçgen’deki “Likidite”, “Güven”, ve “Gelir” ikileleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Diğer yandan, denetim ve gözetim organlarının en önemli amaçlarından biri ise, mevduat sahiplerinin çıkarlarını korumak için bankaların aşırı riskleri üstlenerek iflas tehlikesiyle karşı karşıya kalmalarının zamanında önlenmesinden ibaret ise de, devlet atıl fonların ekonomiye en yararlı bir şekilde aktarılmasını sağlayan sistem ve hukuki alt yapısını da geliştirmek zorundadır. Yine, bankacılık örneğinde, bir sistem olarak “Rekabet” olgusunun temelini ve yasal çerçevesini oluşturan alt yapı, denetim organlarının içinde bulunduğu ikilemi oluşturmaktadır. Bu ikilem “REGULATORY TRAP” olarak adlandırılmaktadır. Bu araştırma, iki deneme yazısı şeklinde kaleme alınmış olup, Türk Bankacılık Sistemi’ne (TBS) ilişkin 1962-2010 yıllarını temel alarak, sözü edilen ikilemleri tartışmaktadır.

Genel hatlar itibarıyla, Bu yazının bölümlerinde sırasıyla araştırmanın amacı ve metodolojisi, haksız rekabetin genel bir çerçevesi, bankacılıkta rekabetin önemi. Türk Bankacılık Sisteminin (TBS) haksız rekabet kavramı açısından bir değerlendirilmesi ve son olarak sonuç kısmında sorunlar ve çözüm önerileri yer almaktadır.¹

* Bu makale’nin teması çok sevdiğim hocamız Sayın Prof. Dr. Erhan Adal’a armağan olarak tasarlanmış, ve iki deneme yazısı şeklinde kaleme alınmıştır.

** Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi, e-posta: agaoglu@yeditepe.edu.tr

¹ Ek olarak verilen 5 tablo, kaleme alınan her iki yazımızda tartışmalarımızın ana eksenini oluşturan göstergeleri içermektedir. Bu tablo’ların analiz edilmesi, ve dönemler bazındaki göstergelerin karşılaştırılması için Türk Bankacılık Sistemine (TBS) ilişkin Veri Tabanımıza ilişkin (1923-2010) 350’ye yakın göstergesine ait olan seriler yorumlanmıştır. Esas itibarıyla buradaki her iki yazı da veri tabanımızın bünyesindeki yansımalarıdır.

Tablo 01-05; verilen kaynakların dışında 1923-1991 yıllarını kapsayan Cumhuriyet Bankacılık Sistemine ilişkin veri tabanımızın akademik platformlarda yayınlanmış olan tüm verileri sistematik bir biçimde ihtiva etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet, tam rekabet, aksak rekabet, Rekabet Kanunu, denetim ve gözetim, bankacılık, Türk bankacılık sistemi.

ABSTRACT

In this research, we touch upon the conflicting “Managerial Trap” and the “Regulatory Trap” during the process of “Perfect Competition” in contrast to the “Danger of Abnormal Risk-Taking” by corporations. Two essays have been compiled to briefly discuss the theoretical base of the so-called “Risk versus Return” paradox of the management on one hand, and the “Efficient Resource Allocation versus safeguarding the Consumer” paradox of the Regulatory authorities on the other hand. As a case study, data of the Turkish Banking System for a period of 1962-2010 has been analyzed to conclude that the Turkish Banking System which has been enormously public banking system wise oligopolistic, has now left this position to the private banking system. Implications of this rapid change should have enormous repercussions towards the strategic dimensions of the legal system; law enforcement; and the state as a whole. Although first essay discusses the philosophy of these aspects, second essay concentrates upon the case study to discuss important outcomes for the regulatory authorities.²

Keywords: Competition, perfect competition, imperfect competition, Competition Law, regulation and supervision, banking, Turkish banking system.

GİRİŞ

Her iki deneme yazısında “Rekabet” ve “Denetim” kavramlarının tartışılması için ilk aşamada bankacılık sektörü aşağıdaki gruplara ayrılmıştır:

(a) Kamu bankaları,

(b) Çok şubeli özel milli ticaret bankaları,

(c) a ve b'nin oluşturduğu grup, bankacılık sistemimizde en büyük ağırlığa sahip olduğu için “Oligopolistik” grup olarak tanımlanmıştır. Bu grubun dışında kalan diğer tüm küçük ölçekli, Orta ölçekli, ve Yabancı bankalar “Oligopolistik-Dışı” grup olarak adlandırılmıştır.

(d) Her iki “Oligopolistik”, ve “Oligopolistik-Dışı” grubuna ilişkin göstergeler Bankacılık Sektörünün ortalama normlarıyla karşılaştırılmıştır. Bu karşılaştırmaların alt yapısı, şu anda tarafımızca tamamlanmakta olan Türk Bankacılık Sistemine (TBS) ilişkin Veri Tabanımızın (1923-2010) 350'ye yakın göstergesine ait olan seriler baz alınarak oluşturulmuştur. Buradaki her iki yazı da, geçerlilik ve güvenilirlik testlerinden geçmekte olan veri tabanımızın bünyesindeki yansımalarıdır. Tablolar ise, tartışmaların ana eksenini oluşturan göstergeleri içermektedir. Tüm bu göstergelerin yapısından yola çıkarak TBS'nin genel özellikleri ve haksız rekabetin niteliği ile boyutları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.

² JEL Classification: B21, B26, D4, D53, K2, L1, L4, L5, M21, N2.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

REKABET VE DENETİM İKİLEMİ ÜZERİNE BİR DENEME YAZISI**I: AKSAK VE HAKSIZ REKABET KAVRAMININ DEĞERLENDİRMESİ:**

TTK'nın 56. maddesinde haksız rekabetin tanımı şöyledir: Haksız rekabet aldatici hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir. 57-65 arasındaki maddeler söz konusu hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketlerin tarifini, hukuki ve cezai mesuliyetlerini ele almaktadır. Borçlar Kanunundaki 54.; 55.; 56.; 57.; ve 58. maddeleri ile "Fikir ve Sanat Eserleri" Kanunundaki 83., ve 84. maddeleri de ayrıca bu hususu detaylı olarak ele almaktadır.

Sebebi her ne olursa, esas itibarıyla haksız rekabet, tam rekabet koşullarını zedelemek yoluyla kazanç elde etmekten ibarettir. Tam rekabet kavramı arz ve talebin oluşturduğu bir fiyat mekanizmasına (Piyasa/Pazar) dayanır iken, bunun dışındaki durumlar fiyatın söz konusu tam rekabet altında belirlenen fiyattan farklı bir seviye'de oluşmasına neden olacaktır. Genel olarak tam rekabetin olmadığı piyasalar aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir:

(A) MONOPOLİ

Bir kişi veya grubun piyasa'ya arz ettikleri malın fiyatını denetleyebilmelerinden ibarettir.

(i) Alıcı Monopolisi (Monopsoni): Piyasa'da satılacak bir malın fiyatının bir alıcı veya grubun denetiminde olmasından ibarettir.

(ii) Satıcı Monopolisi (Monopoli): Piyasa'da satılacak bir malın fiyatının bir satıcı veya grubun denetiminde olması anlamına gelmektedir.

(iii) Maliye Monopolisi : Bazı malların üretimi ve satışların hazine'ye gelir sağlamak amacıyla devlet tarafından monopolize edilmesinden ibarettir.

(iv) Yasalara dayanan Monopoli: Yasalar yoluyla oluşturulan monopolidir. Patent, bunun tipik bir örneğidir.

(v) Kamu Monopolisi: Herhangi bir mal veya hizmet üretiminin yasalar yoluyla devletin elinde bulunmasından ibarettir.

(B) DUOPOLİ:

Monopolinin aksine iki satıcı (veya alıcı) veya grubun oluşturduğu piyasa'dan ibarettir. İki satıcı veya grubun oluşturduğu piyasa'ya "Duopolistik" piyasa denir iken, iki alıcı veya grubun denetimi altındaki duruma "Duopsoni" denmektedir.

(C) OLİGOPOLİ

İkiden fazla fakat çok az sayıdaki alıcı (Oligopsoni) veya satıcının (Oligopoli) oluşturduğu piyasa Oligopolistik bir piyasadır. Oligopoli genel hatlarıyla aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir.

(i) Tam Oligopoli: (Complete Oligoploy): Çok az sayıdaki satıcıların her hangi bir ürünün satışını denetim altında tutarak, grubun ortak karlarını ençoklaştırmak için gösterdikleri davranış biçimidir.

(ii) Aksak Oligopoli (Imperfect Oligopoli): Tam Oligopoliden farklı olarak burada söz konusu satıcılar birbirinden çok farkı bulunan farklılaştırılmış ürünler sunar-

lar. Dolayısıyla, grup ortak karların ençoklaştırılması için her hangi bir ilkeyi takip etmemektedir.

(iii) Kısmi Oligopoli (partial Oligopoli): Aksak Oigopoli'nin tersine burada grubun ortak karlarını ençoklaştırmayı ilke olarak takip etmemesindeki ana sebep, gruptaki satıcılardan her hangi bir satıcının belirli bir tutum almasından sonra diğer satıcıların nasıl davranacaklarının belirsiz olmasından kaynaklanmaktadır.

(iv) Oligopsoni: İkidenden fazla fakat, çok az sayıdaki alıcı veya grubun herhangi bir malın fiyatını denetim altında tutmalarından ibarettir.

Yazımızın son değerlendirme kısmında bu kavramlar çerçevesinde bir değerlendirme yer almaktadır.

II: ULUSAL KAYNAKLARIN VERİMLİ KULLANILMASINA İLİŞKİN BANKACILIKTA REKABETİN ÖNEMİ

Ekonomi'de oluşan gelirin vergiden sonra kalan kısmı harcanabilir veya tasarruf edilebilir. Gelir, harcama ve tasarruf arasındaki ilişkinin 2 boyutu vardır:

(a) Yapılmak istenilen harcamaları aşan gelirler,

(b) Yapılmak istenilen harcamaları karşılayamayan gelirler.

Birinci durumda bir atıl fon oluşmakta ise de, ikinci durumda harcamaların yapılabilmesi için fona ihtiyaç duyulmaktadır. Fona ihtiyaç duyan kısım hane halkı, işletmeler, yatırımcı veya devlet olabilir. Bu durumda, fona ihtiyaç duyan grup atıl fonları bulunan gruptan borçlanarak istediği harcamaları yapmak isteyecektir.

Atıl fonları bulunan kısım ise, harcamaları ileri bir tarihe ertelemiş olacağından vereceği borcun satın alma gücünün söz konusu tarihe kadar korunmasını isteyecektir. Başka bir deyişle, bu grup için bir fırsat maliyeti söz konusudur. Borç verenin bu fırsat maliyetine ilişkin oluşturduğu beklentiler ise, borç alan kısım için borçlanan paranın maliyetini simgeleyecektir. Bazı durumlarda, borçlanmak isteyen kısımlar, borç veren kısımdan dolaysız olarak borçlanabiliyor ise de, her iki grubun fonun miktarı, istenilen vade, pazarlanılabilirliği, likit derecesi, yasal güvence, paraya çevirilebilirliği ve paranın geri dönmeme riski, gibi unsurlarla ilgili beklentilerin ters yönlere hareket etmeleri ekonomi'de dolaysız fon akışını zorlaştırmaktadır.

Genel olarak, çok sayıdaki bireylerin elinde bulunan atıl fonların miktarları küçüktür. Söz konusu bireyler borç olarak verdikleri miktarların istendiği zaman hazır olmasını ve borç alan kısma göre daha az süreli vadeleri arzulamaktadır. Bunun aksine, borç alan kısım vadeleri uzun olan büyük miktarlardaki fonlara gereksinim duyarlar. Bu durumda farklı beklentileri bulunan bu her iki grubu bir araya getirebilecek kurumlara ihtiyaç duyulacaktır. Bu müesseseler "Finansal Aracı Kurumlar"dır. Bu kurumlar atıl fonları kendi bünyelerine pasif kalemleri şeklinde toplayarak söz konusu fonları, fona ihtiyaç duyan kısımlara vererek aktif kalemlerini oluştururlar. Yani, atıl fonlar şeklindeki finansal varlıklarını, ekonomik varlıklar haline dönüştürürler. Bu akış sırasında atıl fonları bulunan kısımlar beklentilerine en iyi şekilde cevap verilmesini, diğer yandan, fonları kullanmak üzere temin eden gruplar bu fonların minimum bir maliyetle sağlanmasını isterler. Genel hatlar itibarıyla kısa ve orta vadeli fon sağlayan kurumlar "Banka", uzun vadeli fon sağlayan kurumlar da "Sermaye Piyasası" olarak adlandırılmaktadır. Atıl fonları (Mevduat) toplayarak ödünç veren kurumlar ise, Ticaret Bankaları olarak adlandırılır. Gelişmiş ekonomilerde adları Ticaret Bankaları

olmalarına rağmen faaliyet gösteren başka pek çok kurum vardır. Bankacılık sistemi açısından rekabet unsuru taşımalarına rağmen, bu kurumlar yukarıda sıralanan ikilemli beklentileri yerine getirme konusundaki yeterlilik derecesine paralel olarak farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, atıl fonları bulunan ve bu fonlara ihtiyaç duyan gruplara ilişkin ikilemli amaçların bir araya geldiği en büyük kurumsal yapı Ticaret Bankalarıdır.

Ticaret Bankaları bir işletme olduğuna göre, stratejik planlamaları ve ana hedeflerinin yelpazesi de başka her hangi bir işletmeden farklı olmayacaktır. Mal üreten bir şirket, sermaye ve diğer borçlar şeklindeki finansal kaynaklarını hammadde. İşçilik, ve üretim araçlarının satın alınması için harcayarak, hammadde'yi de ürün haline getirecektir. Ürünün satışından elde edilen gelirin ise, meydana gelen maliyet unsurlarından daha fazla olmasını beklerler. Ticaret bankaları için aynı husus söz konusu ise de, hammadde ve ürünün her ikisi de parasal fonlardır. Tüm şirketler için olduğu gibi, bankaların da bir tek hedefi vardır, o da hissedarların gelirlerinin çoğaltılmasıdır. Banka pasiflerinin büyük bölümü (genellikle % 80'lerin üzerinde) yabancı kaynaklardan oluşmaktadır. Bu da bankaların kaldıraçlarının diğer işletmelere göre çok daha yüksek düzeylerde seyretmesi demektir. Bankaları diğer işletmelerden farklı kılan en önemli unsur da budur. Başka bir deyişle. her iki durumda ana amaç hissedarların getirisinin çoğaltılması ise de. bu amaca ulaşmak için izlenecek yollar birbirinden farklı olacaktır. Risk ve gelir arasındaki dengenin yapısı her iki durumda farklı olacağından, performansın ölçümü de farklı kriterlerce belirlenecektir (Bench-Marking). Örneğin, bankacılıkta kaldıraçın yüksek düzeyde bulunması hissedarlarca arzulanan bir durum ise de, denetim organları yüksek kaldıraca olumlu bakmayacaklardır. Çünkü, bankanın zor bir döneme girmesi durumunda çok sayıdaki küçük tasarruflar tehlike ile karşı karşıya kalacaklardır. Bankanın uğrayacağı her hangi bir zarar Özsermaye tarafından karşılanacağından, denetim organları kaldıraç üzerindeki baskıyı bazı minimum Özsermaye kıstaslarını uygulamaya koyarak gerçekleştirirler. Bankanın karşı karşıya kalabileceği olası risklerin olabileceğince en az bir düzeyde olmasının sağlanması için denetim organları ayrıca bazı kredi, mevduat, ve likidite ile ilgili kıstasları da uygulamaya koyabilmektedir. Mevduat-Kredi arasındaki denge hükümetin ekonomide uygulamak istediği politikaları için de önem taşımaktadır. Munzam karşılık oranlarını ve reeskont hadlerini tespit ederek ve açık piyasa işlemlerine ilişkin kuralları düzenleyerek hükümetler gevşek veya sıkı para politikalarını uygulamaya koymaktadır. Mevduat sahiplerinin istedikleri zaman paralarını geri alabilmeleri ise, bankanın bünyesinde belirli bir likiditenin tutulmasını gerektirir. Söz konusu bu miktar ve devletin empoze ettiği oranların gereğinden fazla yüksek olması maliyeti bulunan fonların kredi olarak kanalize edilemeyeceği anlamını taşır iken, bankanın gelirlerinde de düşüşe neden olacaktır. Bu tartışmalardan varılabilecek nokta şudur: Bankanın topladığı fonları yoğun bir şekilde yatırımlara dönüştürmesi, bankanın üstleneceği risklilik düzeyini arttıracak gibi, gelir seviyesinin de yükselmesine neden olacaktır. Gelir seviyesinin yükselmesi hissedarlarca istenilen bir durum ise de, denetim organları risklerin aşırı bir şekilde yükselmesini istemeyeceklerdir. Dolayısıyla, bankanın bir grubun (örneğin mevduat sahipleri) uğrayacağı zararın riskini azaltmaya çalışması, diğer grubun (örneğin hissedarların) çıkarlarını ters yönde etkileyecektir. Öyle ise, banka yönetiminin asli görevi, bu dengeleri sağlayarak hissedarların getirisini maksimum bir düzeye

çıkarmaktan ibarettir. Bankacılığın karşı karşıya olduğu, ve “BANK MANAGEMENT TRAP” olarak da adlandırılabilen üçgen’deki “Likidite”, “Güven”, ve “Gelir” ikilemelerinin denge’de tutulması, Kuşkusuz, yalnızca bankacılık sisteminin çabalarıyla mümkün olamamaktadır. Denetim ve Gözetim organlarının en önemli amaçlarından biri mevduat sahiplerinin çıkarlarını korumak için bankaların aşırı riskleri üstlenerek iflas tehlikesiyle karşı karşıya kalmalarının zamanında önlenmesinden ibaret ise de, devlet atıl fonların ekonomiye en yararlı bir şekilde aktarılmasını sağlayan sistem ve hukuki alt yapısını da geliştirmek zorundadır. Böyle bir sistemin temelini ve yasal çerçevesini oluşturan kavramın da “Rekabet” kavramıdır.

Rekabetin arttığı bir bankacılık sistemi denetim organlarının içinde bulunduğu bir ikilemi oluşturmaktadır. Bu ikilem de “REGULATORY TRAP” olarak adlandırılmaktadır. Bankacılıkta rekabetin mevcut olması durumunda bankalar mevduat sahiplerine maksimum, kredilere de minimum bir fiyat uygulayacaklardır. Başka bir deyişle, tasarruf sahipleri tasarruflarının karşılığını en iyi şekilde alırken, ekonomiye olabildiğince daha ucuz kaynak aktarılmış olacaktır. Bu husus ise, ülkenin sermaye birikiminin ve genel refah seviyesinin artması için bir neden teşkil edecektir. Ekonominin gelişmesi için fonların en büyük kısmının bu yolla sağlandığını düşünecek olursak, verimli çalışan bir bankacılık sisteminin ülke için ne denli önemli olduğunu da görmüş olmalıyız. Rekabetin bankacılıktaki etkilerini çok basit bir şekilde şöyle açıklamak mümkündür:

Şekil No. 01

mevd.	mevd.	kred.	kred.
(1)	(2)	(2)	(1)
^	^	^	^
-----	-----	-----	----- >>> Faiz.

Tam rekabet koşullarında kredilere biçilen fiyat “kredi(2)”, ve mevduat’a verilen faiz “mevd.(2)” iken; eksik rekabet durumunda bu rakamlar sırasıyla “kred.(1)” ve “mevd.(1)” olacaktır. Başka bir deyişle, aradaki farklar tam rekabet koşullarındaki arz-talep dengesinin oluşturacağı faiz oranlarından farklı bir oluşuma neden olacaktır. Mevduat sahiplerinin fırsat maliyetleriyle ilgili beklentiler karşılanmayacağından, bu kimselerin harcamaları erteleme konusundaki eğilimleri azalacaktır. Krediler ise, olması gerekenden daha yüksek bir fiyatla verileceğinden, yapılmak istenilen yatırımların rantabilitesi düşecektir. Bu husus ise, ekonomide olması gerekenden daha az bir sermaye birikimi ve dolayısıyla, daha düşük düzeylerde gerçekleşen refah seviyesine yol açarken, ekonomideki kaynak ısrafının bir simgesidir. “kred(1)” ile “kred(2)” ve “mevd.(1)” ile “mevd.(2)” arasındaki farkların toplamı ise, rekabetin mevcut olmadığı bir ortamdan ötürü bankaların sağlayacağı haksız kazancın bir simgesidir. Başka bir YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

deyişle, bankaların faiz marjları olması gerekenden daha geniş olacaktır. Tam rekabetin olduğu bir durumda bankaların faiz marjı “kred (2)” ile “mevd(2)” arasındaki farktan ibaret olacaktır. Faiz marjları daralmış olan bir bankacılık sisteminin nasıl hareket edeceği hususu üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

Bankaların performanslarının “Gelir Boyutu” (Sermaye Karlılığı) aşağıdaki denklemde verilen aşamalar yoluyla gerçekleşmektedir:

Sermaye Karlılığı=(Aktif Verimliliği)*(Kar Marjı)*(Kaldıraç).

$$= \frac{\text{Topl. Getiri}}{\text{Topl. Aktifler}} * \frac{\text{Net Kar}}{\text{Topl. Getiri}} * \frac{\text{Aktifler}}{\text{Özsermaye}}$$

Banka, bir işletme olduğuna göre, sermaye karlılığını maksimum bir düzeye çıkartmak istemesi de doğaldır. Faiz marjları daralmış olduğu için de yüksek bir sermaye karlılığına ulaşabilmesi aktif karlılığının veya kaldıraçın zorlaması ile mümkün olabilecektir. Sermaye kıstaslarından ötürü kaldıraç seviyesini belirli bir düzeyin üstüne çıkaramayacağına göre, aktif karlılığını yükseltmek zorundadır. Aktif karlılığı ise, iki unsurdan oluşmaktadır. Gelirlerden net kara dönüştürülebilir kısım, ki bunun artırılabilmesi maliyetlerin düşmesi ile mümkündür. Diğer unsur ise, aktifteki her birimin gelir yaratma kabiliyetinin artırılmasından ibarettir, ki bu da iki şekilde mümkün olabilmektedir. Aktifin yasal zorunluluklar için ayrılan kısımlar ve sabit değerlerin dışındaki tüm varlıklar gelir yaratan aktif kalemlere, yatırımlara, ve proje'lere aktarılmalıdır. Yani, asıl durumdaki aktifler minimum bir düzeyde tutulmalıdır. Örneğin, batık kredilerin veya gereğinden fazla likidite ve bağlı değerlerin aktif'te yer alması bankanın bu yeteneğini kısıtlayacaktır. Diğer unsur ise, zorlanamayan faiz marjının dışındaki marjların zorlanması şeklindedir, ki bu da yeni gelir kaynaklarının yaratılması ve hizmet kalitesinin yükseltilmesi ile mümkündür. Bu şekilde bankaların faaliyetleri daha verimli hale gelecek ve faaliyet yapısının ölçek ekonomisi kurallarına uygun bir biçimde düzenlenmesine yol açacaktır. Oysa, rekabetin olmadığı bir ortamda ve özellikle diğer finansal araçlarının bulunmadığı koşullarda bankaların karlılıkla ilgili sorunları bulunmasa bile, kaynak ısrafına yol açıldığından, hem sermaye birikimi yavaşlayacak, hem de ekonominin makro düzeyindeki diğer unsurlar olumsuz bir şekilde etkileneceklerdir.

Yukarıdaki tartışmalar bankacılığın performansını oluşturan unsurlardan “gelir” unsurunu ele almıştır. Oysa, bankacılığın performansı “Risk”, ve “Gelir” unsurlarının entegre bir fonksiyonudur. Finansal Yönetim Kuramlarında önemli kuramlardan biri bu hususa dayanmaktadır. Buna göre, risklilik düzeyi artarken, gelirden de buna paralel olarak bir artış meydana gelmelidir. Örneğin, atıl durumdaki yüksek likidite düzeyi her hangi bir gelir getirmez iken, gerektiğinde likit para'nın bulunamaması riski (Likidite Riski) de düşük olacaktır. Bunun aksine, daha fazla kredi vermek, gelir düzeyini arttıracak, fakat buna mukabil, ana para ve faiz getirisinin geri dönmeme riskini ihtiva edeceği gibi, likidite riski de artacaktır. Ana para ve faizin geri dönmeme riskinin (Kredi Riski) yüksek olması, bankanın zarar etme ihtimalini (Faaliyet Riski) arttıracığından, sermaye'nin de yüksek olmasını (Sermaye Yeterliliği Riski) gerekecektir.

Banka, ayrıca aktif ve pasifteki kalemlerin vadelerini ve karışımını ekonomideki genel fiyat seviyesindeki olası değişikliklerine göre düzenlemek durumundadır. Enflasyon'un artacağını tahmin eden bir banka, faizlerin de gelecekte yükseleceğini düşünerek daha uzun vadeli kaynak toplayıp, bunları kısa vadeli yatırımlara dönüştürme eğilimine girecektir.

Tahminin doğru çıkması durumunda banka zarara uğrayacaktır (Faize Duyarlılık Riski). Bankacılıkta planlamanın büyük bir bölümü bu unsurlara göre düzenleniyor ise de, ekonomik dengelerinin aşırı oynak olması bu planlamayı zorlaştıracığı gibi, bankaların genel risklilik düzeylerinin de yükselmesine neden olacaktır. Kaldı ki, tartışılan riskler, temel mahiyetindeki risklerdir. Bankaların esas risk fonksiyonu çok daha kapsamlıdır.

Risk, İstatistiksel olarak ortalamadan sapma derecesi olarak tanımlanmaktadır. Yani, ekonomik dengelerinin oynak olması durumunda, bankaların faaliyetleri de seriler bazında çok büyük sapmalar gösterecek ve faaliyetlerin planlamasını zorlaştıracaktır. Yüksek düzeydeki risklilik, istikrarsızlığın bir belirtisi olduğuna göre, bankanın performans bazındaki değerliliğini de menfi yönde etkileyecektir. Banka, hissedarların uzun vadeli çıkarlarını korumak için stratejik planlarını iki unsurdan birine dayandırmak zorundadır.

- (a) Belirli bir risk düzeyine göre gelirlerini ençoklaştırmak,
- (b) Belirli bir gelir düzeyine göre risklilik derecesini enazlaştırmak.

Tam rekabet koşullarında, bankalar yaşamlarını sürdürebilmek için finansal yönetim kuramlarını bu temel kuramlarını yerine getirmeye çalışacaktır. Bundan sonraki bölümde Türk Bankacılık Sisteminin (TBS) yapısı, bu kavramlar açısından ele alınacaktır.

TÜRK BANKACILIK SİSTEMİNDE HAKSIZ REKABET OLGUSUNA İLİŞKİN BİR DENEME YAZISI

24 Ocak 1980 kararlarıyla birlikte kapalı bir ekonomik sistemi terk ederek, global platformlara açılmaya başlayan Türk ekonomisi, 1980'li yıllarda alınan kararlarla birlikte bu yönde hızlı adımlar atabilmiştir. Faizler serbest bırakıldığı gibi, bankacılık sistemine yabancı bankaların girişi kolaylaştırılmıştır. Dış ticaretin serbest bırakıldığı bir konjonktürde ulusal bankacılık sistemi ihtisas bankacılığı konusunda uzmanlaşmış olan yabancı bankalarla rekabette zorlanmıştır. 1987 yılına doğru ulusal bankacılık sistemi yabancı bankaları devre dışı bırakabilecek şekilde kabuk değiştirmeye başlamıştır. Bu kabuk değiştirme potansiyelinin hassas bir şekilde ölçülmesi için 20 yıl önceki (1962) yapısına ilişkin göstergeler ele alınmış olup, 1991 yılına ilişkin göstergelerle karşılaştırılmıştır. Tablo 01 ve Tablo 02 sırasıyla 1962 ve 1991 yıllarının resmini çizmektedir. yansıtmaktadır. 1990'li yıllardaki istikrarsızlık dönemi, 2000'li yıllara ait ekonomik krizlerin yaşandığı, ve göreceli olarak daha istikrarlı bir dönemi simgeleyen bu yılların sonundaki (2010 yılı) resmin de çizilerek karşılaştırma imkanı yaratılmış bulunmaktadır.

Yukarıdaki gerekçelere istinaden, ilk etapta 1962-1991yıllarını kapsayan dönem incelenmiştir. İkinci aşamada, 2010 yılına ait göstergeler ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Böylece, "Rekabet ve Haksız Rekabet" kavramlarının ne denli yer değiştirmiş olabileceğini görmek mümkün hale gelmiştir. Bu analizlerin sonucunda Hukuk

Sisteminin gelişmelere Ayak Uydurma Hızı'nın da önemli bir ikilem olarak karşımıza çıktığını görmekteyiz.

Bu ikinci yazımızdaki tartışmalara temel teşkil edecek göstergeler, iki grup halinde ele alınmıştır.

(1) Yoğunlaşma Göstergeleri: Mevduat, Aktif, Kredi, Şube ve Personel Payları.

(2) Performansı genel anlamda simgeleyen göstergeler: Sektördeki zarar payı, Problemlili aktif payı, Aktif karlılığı, Sermaye karlılığı, Zarar veya Kar Oranı, Şube başına personel ve personel başına reel gider. Kamu bankaları, ve Çok şubeli özel Ticaret bankaları "Oligopolistik" grup; ve bu iki grubun dışında kalan bankalar ise, "Oligopolistik-Dışı" grup olarak tanımlanmıştır. Daha sonraki aşamada, bu her iki grubun göstergeleri sektör bazında konsolide edilen seriler ve ortalamalar ile karşılaştırılarak yorumlanmıştır.

1962 ve 1991 yıllarına ait göstergeler Tablo 01 ve Tablo 02'de verilmiştir. Her iki yıla ait göstergeler, beraberce, Veri Tabanımızdaki ekonometrik seriler ışığında yorumlanmıştır. Daha sonraki ikinci aşamada 2002, 2007, 2009, ve 2010 yılına ait özet göstergeler analiz edilerek, genel değerlendirme oluşturulmuştur.

(a) BANKA SAYISINA İLİŞKİN GÖSTERGELER

Oligopolistik grubun banka adedindeki sektör payı 1962 yılından 1991 yılına kadar (30 yıl içinde) %45.10'den %26.56'ya düşmüş iken; oligopolistik-Dışı grubun payı %54.90'dan %73.44'e yükselmiştir. Çok şubeli özel ticaret bankaları grubunun kendi içindeki payı ise, sabit kalırken, kamu bankaları grubundaki payı 1962-1991 yılları arasında kapanan sandıklar, Anadolu Bankası; T.C.Turizm B., T.Öğretmenler Bankasının kapanması ile düşmüştür. Oligopolistik-Dışı banka grubundaki sayı 1962-1991 yılları arasında iki yabancı ve 14 milli bankanın kapanmasına rağmen sektör'deki payı %45.10'den %73.44'e yükselmiştir. Başka bir deyişle, küçük ölçekli pek çok milli ve yabancı bankaların kurulması ile birlikte bu grubun sektördeki payı hızlı bir yükselme sergilemiştir. 1991 yılına gelindiğinde, mevcut banka sayısı gruplar bazında; Oligopolistik grubunu oluşturan Kamu, Çok şubeli özel ticaret, ve Oligopolistik-Dışı bazında sırasıyla 10, 7, ve 47 olmuştur. Başka bir deyişle, ilk iki grubun sektördeki payı üçüncü gruba göre çok düşük düzeydedir (%26.56). Tartıştığımız bu dönem itibarıyla, bulgularımız, güçlü bir "Oligopolistik" yapının varlığına ilişkin ilk kanıtını yansıtmaktadır.

(b) MEVDUAT, KREDİ, AKTİF, ŞUBE, VE PERSONEL PAYLARINA İLİŞKİN GÖSTERGELER

Tablo 01 ve 02'deki değerler bizi ilginç bir görünümle karşı karşıya bırakmaktadır. 30 yıllık bir perspektif, zaman içinde meydana gelen hareketlerin bir portresini çizmekte ise de, kamu ve çok şubeli özel bankalar grubunun nerede ise sektördeki mevduat, kredi, aktif, şube, ve personelin (sırasıyla: %91.35, %89.22, %90.78, %88.98, ve %89.40) tamamına yakın bir bölüme sahip olduklarını görmekteyiz. Yine, bu göstergeler, çok şubeli özel ticaret bankaların küçülme eğiliminde, oligopolistik-dışı grubun ise, büyüme eğiliminde olduklarını göstermektedir. Kamu bankalarında ise, bu bankalara göre, yalnızca mevduat, kredi, ve aktif bazında çok hafif bir küçülme eğilimi

mevcuttur. Bu döneme ait sonuçlar, bize, Türk Bankacılık Sisteminin aşırı yoğun bir oligopolistik yapısına sahip olduğunu gösterir niteliktedir.

(c) TÜRK BANKACILIK SİSTEMİNİN PERFORMANS BOYUTUNA İLİŞKİN GÖSTERGELER

1962-1991 dönemi itibarıyla, kamu bankalarının sektörün büyük bir bölümüne sahip olmalarına rağmen, aynı yönde performans gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Toplam zarar içindeki paylara ilişkin seriler başka ilginç bir görünümü daha sergilemektedir. 1962-1991 yıllarını kapsayan 30 yılda bankaların kapandığı 3 belirgin dönem (1962-1965; 1970-1975; ve 1981-1983) dışında sektörün tüm zararlarına yakın bir bölümünün kamu bankalarına ait olduğu görülmektedir. Kamu bankalarının aktif karlılığı 1970-1980 yılları arasında ve 1991 yılında negatiftir. Diğer yıllarda bir kaç istisna hariç, bu gösterge sektör ortalamasının çok altında seyretmiştir. Aynı eğilim, sermaye karlılığı için de söz konusudur. Burada özellikle üzerinde durulması gereken başka önemli bir nokta ise, söz konusu eğilimlerin sektör ortalamasını nasıl etkilediğidir. Aktif karlılığı, Sermaye Karlılığına, ve diğer performans göstergelerine ilişkin sektör ortalaması, 1980 sonrası bankacılığımızda görülen genel rasyonelleşme eğilimini yansıtmaktan çok uzaktır. 1991 yılına kadar bu eğilimlerdeki payın büyük bir kısmı kamu grubuna ait olmuştur. Aşırı oligopolistik yapıdaki Türk Bankacılık Sisteminde Sektör ortalamasının yorumlarda kullanılmasının bizce fazla bilimsel bir değeri bulunmamaktadır. Bu açıdan performans ölçümü için aynı özellikleri taşıyan grupların (peer group) baz alınarak ayrıntılı bir şekilde tartışılması gerekmektedir. Bu ayrıntıların, rekabeti inceleyen bu yazımız haricindeki başka bir makale’de yer alması daha uygun olacaktır.

1962-1991 dönemi itibarıyla, kamu bankaları grubu şube adedi, personel adedi, ve şube başına personel adedi açısından aynı anda artan bir eğilimde iken, personel başına personel gideri (reel fiyatlar bazında) diğer grupların çok altındadır. Grubun gösterdiği düşük performansın bir boyutunu bu eğilim açık bir şekilde ifade etmiştir. Diğer yandan, oligopolistik-dışı grup ise, mevduat, kredi, ve aktif paylarını hızlı bir şekilde arttırarak, büyüme eğilimini sergilemiştir. Buna karşın şube, ve personel paylarının daha az bir hızla arttığını görmekteyiz. Şube başına personel ve personel başına reel giderler ise, çok hızlı bir şekilde artmıştır. Diğer gruplara göre, en yüksek aktif ve sermaye karlılıklarına sahip olabilmelerinin temelinde yatan unsur da bu olmuştur. Başka bir deyişle, “Az Şube”, “Şube başına iyi maaş verilen az ve kaliteli personel”, ve “Az sayıdaki şubelerde yoğunlaştırılmış bankacılık faaliyetleri” ilkesi benimsenmiştir. Çok şubeli özel ticaret bankaları ise, bunun tam aksine küçülerek verimliliklerini arttırma eğiliminde olmuşlardır.

Problemler aktif paylarının (Batık kredi riski) yukarıdaki tartışmalardan farklı bir boyut sergilediği görülmektedir. Tartışılan dönemde, bankacılığımızın gelişmiş ekonomilerdeki batık kredi riskine göre yüksek bir batık kredi riskinin bulunmasının kanımızca çok fazla Türkütücü bir yanı yoktur. Hızlı gelişen ve makro dengeleri tam yerleşmemiş bir ekonomide bankaların kabuk değiştirdiği bir ortamda bunu doğal karşılamak gerekir. Bilimsel olarak, bunu kanıtlamak mümkündür. Bankaların kredi hacimleri büyüdükçe, eğer batık kredi riski de aynı oranlarda artış gösteriyor ise, bunun menfi bir yanı yoktur. Burada önemli olan, risk ve gelir arasındaki dengenin nasıl etki-

lendiğidir. Finansal Yönetim Kuramlarına göre riske paralel olarak gelirlerin artması icabeder. Ters bir kısır döngü içine girmiş bir banka batmaya mahkumdur, ki kamu bankalarının grup ortalaması bazında böyle bir kısır döngü'ye girmiş olduklarını serilerimiz açıkça ifade etmektedir. Ekonomi'yi zarara uğratmadan bu kısır döngü'nün yakalanması ve bu riski oluşturan bankaları devre dışı bırakmak ise, denetim organlarının temel vazifesidir. Performans göstergelerindeki bozulmalar, risk ve gelir arasındaki dengenin menfi yönde bozulması, veya aşırı rekabetin sistemi yıpratması gibi unsurların "Erken Uyarı" mekanizmaları tarafından çok geç kalmaksızın yakalanması icabeder. Bu da Denetim ve Gözetimin başlıca görevlerinden birisidir.

1962-1991 rakamları baz alınarak gruplara göre aktifteki kredi payı ve batık kredi riski arasında bir korelasyon kat sayısı hesaplanmıştır. Bulunan kat sayıları şöyledir:

Sektör: $R=0.49$; Kamu Bankaları: $R=0.37$; Çok şubeli özel Bankaları.: $R=0.73$; Oligopolistik-dışı Grup: $R=0.80$. Kamu bankaları için bu sayı düşük çıkmaktadır. Bunun birinci sebebi, 1976-1982 yılları arasında problemlili aktif oranlarının kredi payına göre daha hızlı düşmesinde yatmakta ise de, diğer önemli bir sebebini de kredilerin objektif kıstaslara göre verilip, verilmediği sorusunda aramak gerekmektedir.

1980'li yıllara ait beklentiler doğrultusunda yönlendirilen bankacılık sistemi, rasyonel hale geldikçe ve ekonominin dengeleri yerine oturdukça, kredi değerlendirme süreçlerinde bilimsel kıstasların yoğun bir şekilde yer alacağını ve bu şekilde batık kredi riskinin de zaman içinde azalacağı muhakkaktır. Kısa vadeli bir perspektif içinde, söz konusu dönemde önemli olan verimsiz çalışan bir bankacılık grubunun sektör'deki toplam batık kredi riskinin %54.50'sini bünyesinde barındırıyor olmasıdır.

24 Ocak 1980 KARARLARININ ETKİSİ; VE 1962-1991 YILLARINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRMELER

Serilerin simgelediği genel trend, bankacılık sisteminin 1980'den 1990 yılına kadarki kabuk değiştirme döneminde yabancı bankaları devre dışı bırakacak kadar iyi yönde performans gösterdiği şeklinde olmuştur. Bu da kuşkusuz övgü'ye değer bir performanstır. Ne var ki, Türk Bankacılık Sisteminin aşırı bir oligopolistik yapıya sahip olduğu görülmektedir. Böyle bir sistemde fiyatların (faizlerin) arz ve talep dengeleri tarafından belirlendiğini söylemek mümkün değildir. Birinci yazımızda zikredildiği üzere, bankacılığın "Oligopolistik" yapısı, kendi içinde aksak ve kısmi oligopolilerin bir karışımından oluşmaktadır. Başka ilginç bir nokta ise, fiyatı etkileyebilen global niteliğindeki bir oligopolistik yapının içinde bir birinden farklı iki alt oligopolistik yapının bulunmasıdır. Biri, özel olmanın verdiği işletmecilik dinamiklerinden yola çıkarak oligopolinin tüm nimetlerinden istifade etmekte iken, diğeri kamu'ya ait olmanın tüm dezavantajlarını yaşamaktadır.

Diğer yandan, 1962-1991 dönemindeki oligopolistik bir yapı içinde iki rekabet unsuru da mevcuttur. Biri, sistemde bulunan yabancı bankaların varlığından, diğeri ise, çok şubeli özel bankalar ile küçük ölçekli özel bankalar arasındaki rekabetten kaynaklanmaktadır. Türk Bankacılık Sisteminin gelişmesi doğrultusunda yabancı bankaların yaratmış olduğu sinerjik bir etkiyi küçümsemek mümkün değildir. 24 Ocak 1980 kararlarıyla birlikte sisteme giren yabancı bankalar 1983 yılında sektörün tüm karlılığının %16'sını elde edebilmişlerdir. Yabancı bankaların bu performansını ihtisas

bankacılığa ve verimliliğe dayandırmak gerekir. Milli bankalarımız üzerinde bunun etkisi küçük ölçekli bankalardan başlayarak hissedilmiştir. Yapıları esnek olan ve sektör payları zaten düşük düzeylerde seyreden küçük ölçekli bankaların bu etkiyi ilk olarak hisseden grubu olması da doğaldır. Çok şubeli özel ticaret bankalar grubu ise, sektördeki karlılık payını korumak amacıyla verimsiz çalışan şubeleri kapatmak, personel sayısını azaltmak, teknolojik yatırımlara yönelmek yoluyla zaten girdi maliyeti çok yükselmiş bulunan bir sistem içinde kendi bünyesindeki maliyetleri düşürmeye ve kurumlarını daha verimli bir şekilde çalışır hale getirmek için çaba göstermeye başlamıştır. Söz konusu dönemde, kamu bankalarının bu etkiyi tam anlamıyla hissettiklerini söylemek zordur. Kamu bankalarının teknoloji'ye yoğun bir şekilde yatırım yapmaya başlamış olduklarını söylemek ise, mümkündür (Sabit aktiflerin toplam aktif içindeki payı 1985 yılında %2.052 iken, 1989 ve 1991 yıllarında bu oran sırasıyla %5.42 ve %5.64 olmuştur). Ne var ki, verimlilik, teknoloji, ve emek arasındaki uyumlu bir denge ile iyi bir yönetim sisteminin bir fonksiyonudur.

Meseleyi, kısa vade'lik bir döneme dayandıracak olursak, rasyonelleşmeye doğru hızlı adımlar atan bir oligopolistik grubundan ekonomiye zarar gelmeyeceğine göre, ilk etapta verimsiz çalışan bir yapının verimli hale getirilmesi gerekmektedir. Tablo 01 ve 02, kamu bankalarının ağırlığının yavaş bir hızla azaldığını göstermekte ise de, 1991 yılından sonraki dönemlerde iyileşmenin hızlandırılması ve verimliliğin artırılması gerekecektir. Türkiye'nin büyümesi doğrultusunda yapmış oldukları katkılarını inkar etmek mümkün değil ise de, 1991 sonrası dönemlerde pek çok yönden kamu bankalarının üstlendikleri lokomotiflik görevi sona ermiş; özel müteşebbislik ruhu da olgunlaşmış olan ülkemizdeki ekonomik dengelerinin bu denli yüksek maliyeti bulunan bir verimsizliği bünyesinde barındırmaya devam edemeyeceği de aşikardır. Meseleye bu açıdan bakınca, Türkiye'nin bir oligopolistik probleminden daha ziyade ekonominin kaldıramayacağı türdeki bir verimsizlik problemi ile karşı karşıya olduğunu söylemek çok da zor değildir. Bunun kısa vade çözümü ise, 1990'lı yıllar itibarıyla, lokomotiflik görevi bitmemiş olan kamu bankalarının hızlı bir şekilde özleştirilerek rasyonelleştirme programları doğrultusunda ele alınması ve lokomotiflik tanımının bir sosyal karlılık ve ihtisas bankacılık kavramına dayandırılarak bu bankaların ekonomi'ye kazandırılmasıdır. Diğerlerin ise, daha fazla vakit kayıp etmeden özleştirilmesi gerekmektedir.

Verimsizlik unsurlarının ortadan kalkması ile birlikte bankacılıkta zaten mevcut olan rekabet kavramı ve globalleşme eğilimi kendiliğinden daha da gelişecek, rayonelleşme eğilimi hızlanacaktır. Çünkü, rekabet ortamında yaşayabilmek için iyi bir banka olmak gerekir.

Uzun vade'de ise, devletin yapması gereken iki unsur kalmış olmalıdır. O da, denetim mekanizmasındaki koordinasyon probleminin çözümlenmesi ve yeni finansal araçlarının geliştirilmesidir. Sermaye Yeterliliği ve batık kredi sorunları bu koordinasyonun sağlanması ile birlikte zaman içinde çözümleneceğinden kalan sorunlar bankalara ait olacaktır. Hızlı bir şekilde olgunlaşmaya yönelik adım atmış olan bankacılık sistemi uygun teknoloji'nin kullanımı, kaliteli ve iyi personelin istihdamı ve eğitimi ile modern bankacılık kavramlarını bünyelerine yerleştirmeleri rekabet ortamında risk gelir kavramının yerleşmesine paralel bir şekilde zorunlu olarak yerleşmiş olacaktır.

Global anlamda, 1990'lı yıllarda, rekabet ortamının ekonomi'de yerleştirilmesi için ise, "Rekabetin Korunmasına İlişkin Kanunun" devre'ye girmesi önemli bir adım olarak planlanmıştır. Bu doğrultuda "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" tasarısı Temmuz 1992'de tartışmaya açılmıştır. Birinci ve İkinci yazımızda ele alınan Rekabet kavramına ilişkin analizler de, bu Kanunun ne denli hayati nitelik taşıdığını açıkça gösterir niteliktedir. Bu Kanunun ana amacı aşağıda kısaca özetlenmiş olup, yazımız açısından çok büyük bir değer taşımaktadır.

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN DEĞERLENDİRMESİ

Serbest piyasa sisteminin sağlıklı çalışabilmesi, serbest ticaretten beklenen faydaların elde edilmesi için ticareti ve girişimciliği engelleyici, rekabeti ortadan kaldıracı veya serbest piyasa şartlarının gerçekleşmesine mani olucu her türlü maliyetin yasaklanması gerekmektedir. Böylece, gerçekleştirilecek rekabet ortamında, ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağıtımı gerçekleşirken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte genel refaha olumlu katkılar sağlamış olacaktır. Ticari faaliyete katılanlar arasında gerçekleşecek olan rekabet daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanımını teşvik edici bir görev üstlenmiş, ve böylece, kaynak israfının minimize edilmesi de mümkün hale gelmiş olacaktır. Serbest piyasa sisteminde ve onun kurallarına uygun yapılan rekabet, daha az kaynak kullanımı şeklinde ulusal ekonomi'ye katkıda bulunur iken, mal ve hizmet kalitelerinde düzelme ve gelişme, fiyatlarda düşme gibi, toplumun her kesimindeki kişileri olumlu yönde etkiler.

Rekabet Kanununun serbest piyasa sisteminin doğru olarak çalışmasını temin ederek, ülkenin sınırlı olan kaynaklarının en etkin dağılımını sağlaması ve kaynak israfını ortadan kaldırması şeklindeki doğrudan etkilerinin yanı sıra dolaylı olarak tüketicilerin daha ucuz ve daha yüksek kalitede mal temin etmek gibi etkilerinin bulunduğu herkesçe kabul edilmektedir. Ülkemiz kaynaklar bakımından çok zengin olmadığından, kaynak israfının acilen engellenmesi gerekmektedir.

Bu her iki yazımızda oluşturulan gerekçeler de tamamıyla bu doğrultudadır. Burada esas sorun, Rakabetin Koruması Hakkındaki Kanunun 1990'lı yılların piyasa koşullarında etkili olup olamayacağı hususunun önkestiriminden ibaret olmuştur. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin serbest piyasa ekonomisine entegre edilmeden ve devletin bünyesindeki monopol fiyatlandırma mekanizması ortadan kalkmadan Kanunun etkili olmasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmamıştır. Dolayısıyla, ekonomide kaynak israfının devlet boyutuna rasyonel bir serbest piyasa gömleği giydirilmeden Kanunun ekonomide yaratmak istenilen koşulları yaratması kolay olmamıştır.

Her iki yazımızda ele alınan yukarıdaki hususlar 2002, 2007, 2009, ve 2010 yılına ait göstergeler baz alınarak tekrar aşağıda sınanmaktadır.

2010 YILINA DOĞRU GÖSTERGELERİN SERGİLEDİĞİ SEYRİN DEĞERLENDİRMESİ

Bu bölümde 1962 ve 1991 yılları itibarıyla incelenen göstergelerin yapısı 2002, 2007, 2009, ve 2010 yılı ile karşılaştırılmıştır.

50 yıllık bir perspektif içindeki planlama ve siyasi süreçlerinin sonucu olarak gelinen nokta sistematik olarak aşağıda tartışılmıştır:

(1) HACİM'E İLİŞKİN GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRMESİ

(a) Banka Sayısı ve Aktif Payı

1962, 1991, ve 2010 yıllarında kamu bankacılık grubunun sistem içindeki sayısal ağırlığı sırasıyla %29.40; %15.62; ve %6.70 olmuştur. 50 yıllık bir süreç içinde Kamu bankalarının sayısı ağırlığını kayıp etmiş. Bu sayısal ağırlık düşüşler oranında özel bankacılık sisteminin lehine gelişmiştir. Diğer yandan, Aktif toplamı içindeki payı da, 1962, 1991, ve 2010 yılları itibarıyla %65.74; %48.99; ve %31 düzeyindedir.

(b) Şube ve Şube Başına Personel Sayısı

1962, 1991, ve 2010 yıllarında kamu bankacılık grubunun sistem içindeki şube payı sırasıyla %50.59; %46.10; ve %28; Şube başına personel sayısı ise, sırasıyla, 18.49; 27.39; ve 17.73 düzeyinde gerçekleşmiştir. Özel Ticaret bankalarına ilişkin Şube başına personel sayısı, sırasıyla 18.71, 19.05, ve 19.73 olmuştur.

Genel hatlar itibarıyla, Kamu bankalarının sayısında hızlı düşme yaşanmış ise de, şube payı yavaş düşmüş, şube başına personel özel ticaret banka grubuna paralel bir performans sergilemektedir. Son yıllarda, hızlı adımlarla özertleştirilmekte olan kamu bankacılık grubunda Aralık 2010 sonu itibarıyla üç ticaret bankası faaliyet göstermekte idi. Bu kamu bankalarının (Vakıf B., Ziraat B., ve Halk B.) dışındaki bankalar kapanmış, birleştirilmiş, veya özelleştirilmiştir. Kalan bu bankaların sayısı minimum bir seviye'ye inmiş ise de, Toplam aktif payı, şube payı, ve şube başına personel sayısı bakımından ağırlıklarının devam ettiğini görmekteyiz.

(2) FİNANSAL PERFORMANS'A İLİŞKİN GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRMESİ

1962, ve 1991 yıllarında sektör içindeki problemler aktif ve zarar payının tamamına yakın bir bölümü kamu bankalarına ait iken, 2010 yılında kamu bankalarının özel ticaret bankalarıyla rekabet edebildiği görülmektedir. Sağlanan özerklik derecesinin artmasına paralel olarak finansal performansın da arttığı görülmektedir. Yine, Aktif ve Sermaye Karlılıkları bakımından da kamu bankacılık grubu en düşük düzeylerde yer alırken, 2010 yılında, kamu bankalarının Takipteki krediler, Aktif Karlılığı, ve Sermaye karlılığı açısından diğer gruplara göre üstün olduğunu görmekteyiz (Bakınız: Ek No. 05).

(3) YOĞUNLUK GÖSTERGELERİNE İLİŞKİN GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRMESİ

Tablo 4 ve Tablo 5; 1962-2010 yılları arasındaki dönem'de uygulanan iktisadi ve siyasi politikaların sonuçlarını konsolide bir biçimde yansıtmaktadır. Şöyle ki:

Toplam banka sayısı 45 olan Türk Bankacılık Sisteminin %22'sini temsil eden İlk 10 banka'ya ait aktif, mevduat, ve kredi paylarının %90 civarında olduğunu görmekteyiz. Diğer %10 civarındaki payı 35 banka'ya (%78) ait bulunmaktadır. İlk 10 bankanın içinde bulunan kamu bankalarının dışındaki bankalar özel sermayeli bankalardır. Tablo 3'te kamu bankalarının mevcut konjonktürde özel sermayeli bankalara göre daha fazla mevduat (Tasarruflar) elde ettiklerini, fakat göreceli olarak daha düşük bir oranda kredi olarak plase ettiklerini görmek mümkündür. Birinci yazımızın mantığına göre, bu olgu, sistemde haksız bir rekabetin devam ettiğini göstermektedir.

Diğer yandan, kamu bankalarının da dahil olduğu ilk 10 banka grubu, Türk Bankacılık Sisteminin aşırı oligopol bir yapıya sahip olduğunu, ve 1962 ve 1991 yıllarında görülen finansal performansının aksine, özel sermayeli grup ile etkin bir şekilde rekabet edebilen kamu sermayesi bulunmaktadır. Kamu ve Özel Sermayeli grupların Pazar payılarını stabl bir nokta'ya getirmiş olduklarına göre, "Oligopol-Dışı" olarak tanımlanabilen, az şubeli grupların aşırı rekabete maruz kalabilecekleri muhakkaktır. Yabancı bankaların da göreceli olarak rekabet etmekte zorlandıklarını görmekteyiz (Tablo 4 ve 5). Dolayısıyla, yukarıya doğru birleşmenin yaşanacağı, ve yabancı bankaların sistemden çıkacağı veya el değiştirebileceği bir döneme doğru gidildiğini tahmin etmek mümkündür.

Başka bir deyişle, daha önceki rekabet ikileminden farklı bir yapı ile karşı karşıya bulunmaktayız. Ulusal Sermaye birikimini arttırmaya yönelik olarak ele alınacak olan ulusal politikalara farklı bir perspektiften bakılması icab etmektedir. Yeni ve karmaşık değişkenlerin yeniden ele alınması, ve "Rekabet-Denetim-Gözetim" olgusunun yeniden dizayın edilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Uluslararası ilişkiler bazındaki yönlerin yeniden tartışıldığı, ve kriz ortamlarının derinleştiği bugünkü dünya'da "Rekabet-Denetim-Gözetim-Ulusal Çıkarlar" dörtlüsü de aynı ölçüde önem kazanmaktadır. Bankalarımızın 50 yılda geldikleri nokta, esas itibarıyla, Hukuk'un içinde bulunduğu ikilemleri de yansıtmış olmaktadır.

Sonuç olarak, şunu söylemek mümkündür: Rekabetin korunması ile ilgili Kanunun geçerlilik derecesi devlet mekanizmasının ekonomideki mal ve hizmet piyasasında bulunma derecesi ile doğru orantılı olduğu gibi, hükümetlerin tutarlı ve kararlı bir şekilde bunu gerçekleştirmek için çaba gösterip göstermedikleriyle ilgilidir.

KAYNAKÇA

Verilerin oluşturulması için yararlanılan kaynaklar:

Ağaoğlu, E. Abdülgaffar (2011), "Türk Bankacılık Sistemine İlişkin veri tabanı: (1923-2011)".

Ağaoğlu, E. Abdülgaffar (1989), "Türkiye'de Banka İşletmelerinin Ekonomik Analizi ve Gelişme Eğilimleri", A.Ü., SBF, Doktora Tezi.

Akgüç, Öztin (1987), "100 Soruda Türkiye'de Bankacılık", İstanbul, Gerçek Kitapevi.

Cross, H., ve G. Hempel (1973), "Management Policies for Commercial Banks", N. J., Prentice Hall.

Kandiller, Rıza (1987), "Türk Bankacılık Sektöründe Son Gelişmeler", Ankara, Türkiye Bankalar Birliği.

Nemmers, Erwin Essex (1976), "Dictionary of Economics and Finance", N.J., Littlefield Adams & Co.

Yüzgün, Arslan (1982), "Cumhuriyet Dönemi Türk Banka Sistemi", İstanbul, Der Yayınevi.

EK01: TABLO 01: 1962 YILI DEĞERLENDİRMELERİ

	Kamu	Kamu Dışı Tüm	Özel	Oligo- polistik Toplamı	Oligo- Polistik Dışı	Sektör
Banka Sayısı	29.40	70.60	15.70	45.10	54.90	51 banka
Payları (%)						
Mevduat Payı (%)	44.45	55.55	46.90	91.35	8.65	----
Aktif Toplamı Payı (%)	65.74	34.26	25.04	90.78	9.22	----
Kredi Toplamı Payı (%)	63.01	36.99	26.21	89.22	10.78	----
Zarar Toplamı Payı (%)	70.43	29.57	0	70.43	29.57	----
Problemli Aktif Toplam Payı (%)	81.70	18.30	12.90	94.60	5.40	----
Şube Toplamı Payı (%)	50.59	49.41	38.39	88.98	11.02	----
Personel Toplamı Payı (%)	50.57	49.43	38.83	89.40	10.60	----
Aktif Karlılığı (%)	0.60	-----	0.71	-----	1.49	0.71
Sermaye Karlılığı (%)	2.80	-----	11.96	-----	16.53	4.32
Zarar Veya Kar (%)	16.97	-----	0	-----	19.61	13.87
Şube Başına Personel (%)	18.49	-----	18.71	-----	17.80	18.50
Personel Giderleri (Milyon TL) **	35.40	-----	20.00	-----	22.80	28.00
** : Reel Giderler....						

(Kaynak: Türkiye Bankalar Birliği, Bankalarımız 196)

EK02: TABLO 02: 1991 YILI DEĞERLENDİRMELERİ

	Kamu	Kamu Dışı Tüm	Özel	Oligo- polis- tik Top- lamı	Oligo- polis- tik Dışı	Sektör
Banka Sayısı	15.62	84.38	10.94	26.56	73.44	64 banka
Payları (%)						
Mevduat Payı (%)	46.25	53.75	41.72	87.97	12.03	----
Aktif Toplamı Payı (%)	48.99	51.01	33.97	82.96	17.04	----
Kredi Toplamı Payı (%)	52.93	47.07	29.57	82.50	17.50	----
Zarar Toplamı Payı (%)	98.01	1.99	0	98.01	1.99	----
Problemlili Aktif Toplam Payı (%)	54.50	45.50	26.82	81.32	18.69	----
Şube Toplamı Payı (%)	46.10	53.90	47.06	93.16	6.84	----
Personel Toplamı Payı (%)	53.44	46.56	37.95	91.39	8.61	----
Aktif Karlılığı (%)	0.19	----	2.93	----	3.47	1.49
Sermaye Karlılığı (%)	-3.06	----	35.00	----	45.82	21.01
Zarar Veya Kar (%)	111.65	----	0	----	2.91	37.39
Şube Başma Personel (%)	27.39	----	19.05	----	29.76	23.67
Personel Giderleri (Milyon TL) **	49.20	----	62.30	----	89.30	57.60
** : Reel Giderler....						

(Kaynak: Bankalar Birliği, Bankalarımız 19)

EK 03: TABLO 03: 2010 YILI DEĞERLENDİRMELERİ

	Kamu Ticaret	Diğer Tüm	Oligo- polistik Toplamı	Oligo- polistik Dışı	Sektör
Banka Sayısı Payları (%)	3 (%6.70)	42 (%93.30)			45
Mevduat Payı (%)	%38	%62			
Aktif Toplamı Payı (%)	%31	%69			
Kredi Toplamı Payı (%)	%29	%71			
Zarar Toplamı Payı (%)					
Problemlili Aktif Toplam Payı (%)					%3.80
Şube Toplamı Payı (%)	2530 (%28)	6506 (%72)			9036
Personel Toplamı Payı (%)	44856 (%25.9)	128338 (%74.1)			173194
Aktif Karlılığı (%)					
Sermaye Karlılığı (%) ₁					
Zarar Veya Kar (%)					
Şube Başına Perso- nel (%)	%17.73	%19.73			
Personel Giderleri (Milyon TL) **					
Banka Başına Şube Sayısı	843	155			
** : Reel Gider- ler....					

(Kaynak: Türkiye Bankalar Birliği, Bankalarımız 2002, 2007, 2009, 2010)

EK No. 04: TABLO: 04: 2010 YILINA AİT BAŞLICA YOĞUNLUK GÖSTERGELERİ

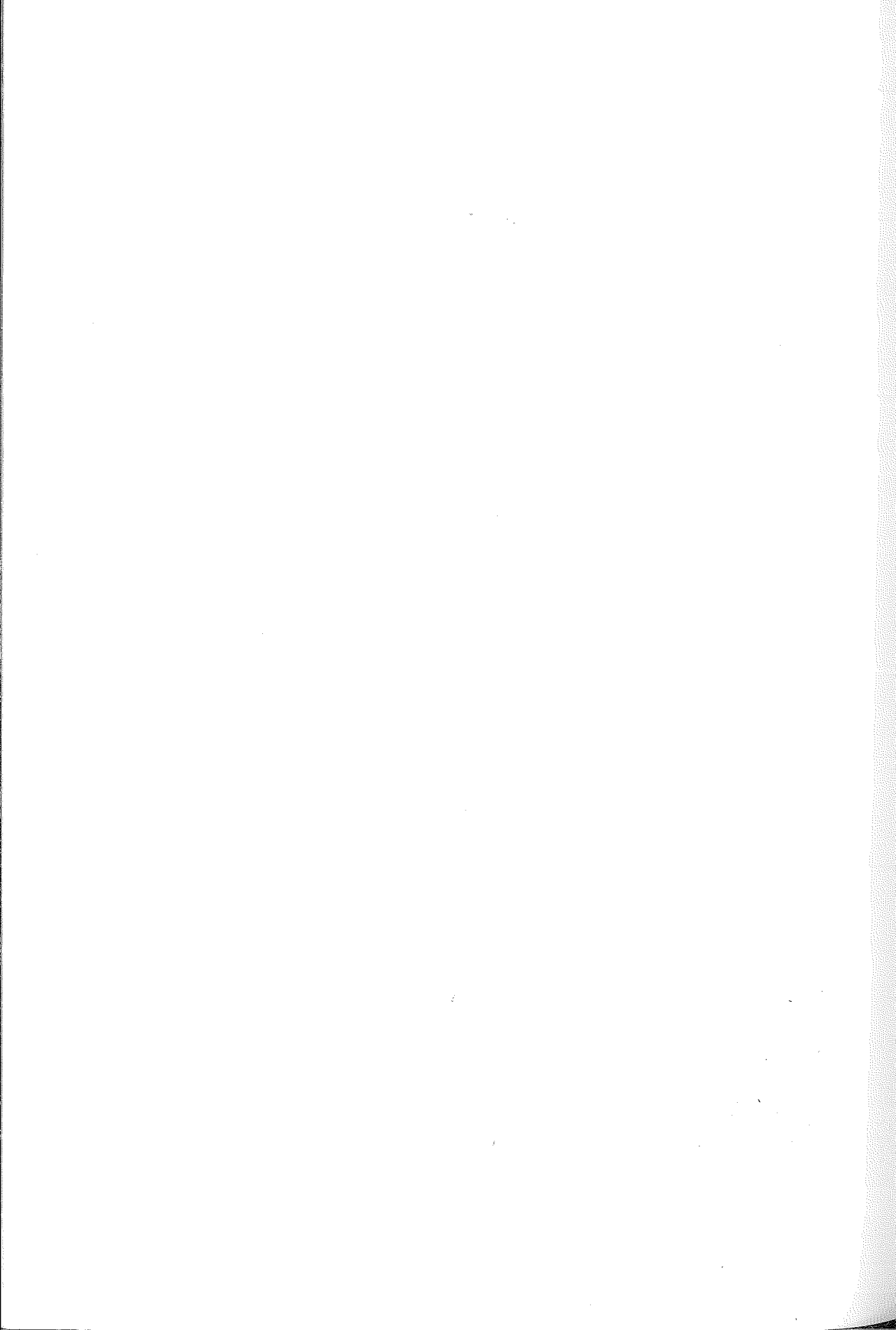
	2002	2007	2009	2010		2002	2007	2009	2010
İlk 5 Banka	XXX	XXX	XXX	%11	İlk 10 Banka	XXX	XXX	XXX	%22
Aktif Topl.	%58	%62	%63	%63	XXX	%81	%85	%87	%87
Mevd. Topl.	%61	%64	%66	%66	XXX	%86	%89	%91	%91
Kredi Topl.	%55	%57	%55	%57	XXX	%74	%83	%85	%86
Sonra-ki 40 Banka	XXX	XXX	XXX	%89	Sonra-ki 35 Banka	XXX	XXX	XXX	%78
Aktif Topl.	%42	%38	%37	%37	XXX	%19	%15	%13	%13
Mevd. Topl.	%39	%36	%34	%34	XXX	%14	%11	%09	%09
Kredi Topl.	%45	%43	%45	%43	XXX	%26	%17	%15	%14

(Kaynak: Türkiye Bankalar Birliği, Bankalarımız 2002, 2007, 2009, 2010)

EK NO. 05: TABLO: 05: 2010 YILINA AİT BAŞLICA PERFORMANS GÖSTERGELERİ

	Takipteki Krediler	Aktif Karlılığı	Sermaye Karlılığı
Mevduat Bankaları (Ortalama)	%3.90	%2.20	%17.70
Mevduat Bankaları: Kamu B.)	%3.40	%2.30	%22.90
Mevduat Bankaları (Özel B.)	%3.40	%2.30	%17.40
Mevduat Bankaları (Yabancı B.)	%6.20	%1.40	%10.30
Kalkınma ve Yatırım B.	%2.00	%2.20	%6.00
Bankacılık Sektörü	%3.80	%2.20	%16.40

(Kaynak: Türkiye Bankalar Birliği, Bankalarımız 2002, 2007, 2009, 2010)



MÜFLİSİN TARAF OLDUĞU DAVALARDA TEBLİGATIN KİME YAPILACAĞI

(SERVICE OF DOCUMENTS IN PROCEEDINGS WHERE THE PLAINTIFF HAS BEEN DECLARED BANKRUPT BY ANOTHER COURT)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK*

Yeditepe Üniversitesi'nde birlikte çalıştığımız ilk günden beri bilgi, deneyim ve dostluğuyla hep yanımızda olan Hocamız Prof. Dr. Erhan Adal'a saygıyla sunuyorum.

ÖZET

Müflisin taraf olduğu davalarda tebligatın hangi muhataba yapılması gerektiği konusu ilgili yargı içtihatları dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İflâs takibi, kazai tebligat, müflis, İcra ve İflâs Kanunu, vekâletname, iflâs masası, iflâs dairesi, iflâs idaresi.

ABSTRACT

If the plaintiff has been declared bankrupt, after he initiates a civil action before a court other than the bankruptcy court, the court documents will normally be served on the trustees in bankruptcy rather than the plaintiff himself. This rule and its exceptions are discussed with reference to relevant court precedents.

Keywords: Bankruptcy, service of court documents, bankrupt/insolvent, the Turkish Code of Civil Execution and Bankruptcy, power of attorney, bankrupt's estate, bankruptcy office, trustee in bankruptcy.

I. Tebligatın iflas idaresine yapılması kuralı ve istisnaları

Muhatabın iflası halinde kazai tebligat¹, kural olarak iflas idaresine yapılır.² Ancak, muhatabın iflası ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek çeşitli durumlara göre bu kuralın açıklanması ve bazı istisnalarının belirtilmesi gerekir ki, aşağıda bu konu ele alınacaktır.

İflas açıldığı (iflasa ilk derece mahkemesi tarafından karar verildiği) tarihte müflise ait bütün haczedilebilir mallar bir özel malvarlığı (iflas masası) teşkil eder (m.184). Müflis bu mallar üzerindeki mülkiyet hakkını muhafaza etmekle birlikte, tasarruf yetkisini kaybeder (m.191). İflas masasına giren mallar üzerinde tasarruf et-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi, e-posta: abudak@yeditepe.edu.tr

¹ Tebligat Kanunu m. 34 vd.

² Talih Uyar, "İcra Hukukunda Tebligat", www3.e-uyar.com (İstanbul Barosu Dergisi 2004/2, s. 602-639).

mek yetkisi bundan böyle, iflas tasfiyesinin gayesiyle sınırlı olmak üzere, iflas idaresine aittir (m.226). İflas idaresinin görevlerini iflas dairesinin yaptığı basit tasfiye usulünde ise, bu tasarruf yetkisi iflas dairesine aittir (m.218).

İfade edilen bu kural müflisin bir dava konusu olan hak ve alacakları bakımından, bu hak ve alacaklar üzerinde tasarruf etmekle aynı sonuçlara ulaşabilen dava takip yetkisinin kullanılması bakımından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle dava konusu olan hak ve alacaklar bakımından, dava takip yetkisi kural olarak iflas idaresinde olup, mahkemede müflisi iflas idaresi veya (basit tasfiyede) iflas dairesi temsil eder.

İflas idaresinin seçilemediği veya henüz seçilmediği dönemde ise, tasfiye usulü adi tasfiye usulü olsa bile, müflisin iflas masasına giren malvarlığı ile ilgili davaların iflas dairesine bildirilmesi gerekir.³

Ancak, İcra ve İflas Kanunu iflas masasına giren hak ve alacaklarla ilgili davaları iflas idaresinin takip edebilmesini ek bir şartta tabi tutmuştur. Buna göre, müflisin taraf olduğu bir davanın iflas idaresi tarafından sürdürülebilmesi için ikinci alacaklar toplanmasının bu yönde bir karar vermesi, başka bir ifade ile iflas idaresini görevlendirilmesi gerekir (m.194). Acele hallerde ikinci alacaklar toplanmasına ait bu yetki, iflas idaresini seçen birinci alacaklar toplanması tarafından da kullanılabilir (m.224).

Öte yanda alacaklılar iflas kararından önce müflis tarafından açılmış olan bir davanın takibine iflas idaresi aracılığıyla devam olunmasını gereksiz bir külfet olarak görürlerse, bu davayı takibe devam etmeme yönünde de karar verebilirler ki; bu son halde davaya dileyen iflas alacaklısının (m.245) veya böyle bir alacaklısı bulunmaması halinde bizzat müflisin devam etmesi de mümkündür.

Yukarıda açıklanan kurallar, adli yargıda olduğu gibi, idari yargıda ve amme alacaklarının tahsil usulü ile ilgili olarak yapılacak tebligatta da uygulanır.⁴

Ancak, müflisin haczi kabil malvarlığıyla ilgisi olmayan davalar bakımından bu kurallar uygulanmaz. Müflis bu davalarının iflas kararı verilmesinden önceki zamanda olduğu gibi bizzat takip edebilir. Gerçek kişiler bakımından mesela boşanma davaları için durum böyledir. Tüzel kişiler bakımından da davayı takip yetkisinin iflastan sonra da müfliste (mesela tasfiye halindeki anonim ortaklığın yönetim kurulunda) kalmaya devam ettiği haller mevcuttur. Örneğin anonim ortaklıklarda, şirket organları, şirketin iflasından sonra da, "mahiyeti icabi tasfiye memurlarınca yapılamayan muameleler" ile ilgili yetkilerini muhafaza ve bu işlerle ilgili davalarda şirketi temsil etmeye devam ederler (TTK m. 440).⁵ Buna göre pay defterine adı kayıtlı olan pay sahibinin kendisine ilmühaber veya hisse senedi verilmesi talebiyle şirkete karşı açtığı dava⁶ ve anonim ortaklık genel kurulu kararlarının iptali davaları bakımından durum böyledir:

"... Her ne kadar iflas dairesi iflasla ilgili işler yönünden (müflis) şirket genel kurulunu olağanüstü toplantıya çağırabilirse de ... iflasın dışında kalan işlemler yönünden şirket organları yetkilidir. Davacılar, olağanüstü genel kurulda alınan kararların iptalini istemiş olmalarına ve alınan kararlar da iflas işlemleri ile ilgili bulunmama-

³ Örneğin bkz. Kuru İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s.1035; Evrim Erişir, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s.77 ve orada dipnotu 219'da anılan yazarlar.

⁴ Bkz. Ejder Yılmaz / Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, Ankara 2005, s. 318 ve devamındaki Danıştay kararları.

⁵ Aynı şekilde bkz. 6102 sayılı (Yeni) TTK m. 535.

⁶ Oğuz Atalay, Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996 s. 187.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

sına göre, bu davada şirketi temsil iflas idaresine değil, şirket yönetim kuruluna aittir ... Açılan davanın ... dilekçesi şirkete tebliğ ile şirketin davada yönetim kurulu tarafından temsilinin sağlanması ... gerekirken, temsilcide hata yapılması doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir”⁷.

İşte, iflasın açılmasından sonraki dönemde müflisin taraf olduğu davalarda tebligatın kime yapılacağı sorusuna, yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak cevap verilmektedir. Çünkü tebligat, dava takip yetkisi olan kişiye veya vekiline yapılır.

Buna göre, müflisin davacı olduğu davalarda tebligatın kime yapılacağı sorusuna çeşitli ihtimallere göre, aşağıdaki gibi cevap vermek doğru olur:

1- Davanın iflas masası (borçlunun haczi kabil malları) ile ilgili olmadığı hallerde, davaya ilişkin tebligat müflis borçlunun kendisine (tüzel kişi ise yasal temsilcisi veya idare ve temsil organına) yapılır. Yukarıdaki örnekleri dikkate almak gerekirse, boşanma davası veya anonim ortaklık genel kurulu kararının iptali hakkındaki davalarda yapılacak tebligat böyledir.

2- Dava iflas masası ile ilgili ise:

a- Basit tasfiyenin usulünün uygulandığı hallerde tebligat iflas dairesine yapılacaktır.

b- Adi tasfiyenin usulüne uygulandığı hallerde tebligat kural olarak iflas idaresine ve istisnaen (iflas idaresinin seçilemediği hallerde veya henüz seçilmediği dönemde) iflas dairesine yapılacaktır.

Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatları da yukarıda açıklanan şekilde, dava takip yetkisinin iflas idaresine veya iflas dairesine ait olduğu hallerde müflise yapılan tebligatın geçerli olmayacağı yönündedir; örneğin:

“İflas etmiş kişinin satışa konu gayrimenkulün hissedarı olması halinde, bu paydaşa tebligat yapılmaz. Zira, o şahıs kanuni ehliyeti haiz olmadığından, yapılacak tebligat muteber değildir.”⁸

“İflasın açılmasıyla müflisin masaya giren mal ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıntıya uğrar. Bu kısıtlama müflisin iflas masasına giren mal ve haklarına ilişkin davaları yürütme yetkisini de etkiler. Masa ile ilgili davalar hakkındaki takip yetkisi de iflas idaresine ait olur. Bazı istisnalar dışında iflasın açılmasıyla birlikte müflisin taraf olduğu hukuk davaları ikinci alacaklar toplanmasından on gün sonrasına kadar durur (İİK 194). Sonra da davaya iflas idaresi tarafından devam edilebilir. Bu itibarla dava sırasında taraflardan birinin iflas ettiği anlaşılması halinde mahkemece iflas idaresine tebligat yapılması icap eder.”⁹

II. İflas masasıyla ilgili olmayan davalarda müflise gelen tebligatın iflas idaresi tarafından açılması

Belirtelim ki yukarıdaki kuralların İcra ve İflas Kanunu’nun, ilk derece mahkemesinin iflas kararının posta idarelerine bildirileceği, müflis adına gelen bütün mektupların iflas idaresi tarafından açılacağı ve diğer gönderilerin de masaya gönderilmesi gereke-

⁷ 11.HD. 16.10.1986, 5825/6835, Erdoğan Moroğlu, Notlu Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2001, s. 382.

⁸ Yargıtay İcra ve İflas Dairesi 17.10.1957, 4254/4514, Yılmaz / Çağlar, age., s. 318.

⁹ 15.HD. 4500/5725, YKD 1995/1 s. 65-66 aynı yönde başka kararlar için bkz. Yılmaz / Çağlar, age., s. 318-320; Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 10, Ankara 2008, s.16284-16288.

ceği hakkındaki m. 166/2 ve m. 184/2 hükümleri ile İcra ve İflas Nizamnamesi'nin 38. maddesi hükmü dikkate alınarak uygulanması gerekir.

Buna göre, tebligat müflis "muhatap" tutularak yapılan (yukarıda 1 numaralı paragraf altında belirtilen) hallerde dahi, tebligat zarfının posta idaresi tarafından iflas idaresine gönderilmesi ve iflas idaresi tarafından açılması gerekir. Ancak tebligata konu davanın iflas masasıyla ilgili olmayan (bizzat müflis ya da müflisin kanuni temsilcisi / idare ve temsil organı tarafından takip edilmesi gereken) bir davaya ait olması halinde, tebliğ edilen belgelerin iflas idaresi tarafından bu kişilere verilmesi gerekecektir.¹⁰

III. İflas idaresinin adresi neresidir?

İflas idaresine tebligat yapılacak hallerde tebligat adresinin neresi olması gerektiği konusunda Kanunumuzda, İcra ve İflas Kanunu Nizamnamesi'nde ve Tebligat Tüzüğü'nde bir açıklık yoktur. İflas idare memurlarının, kendilerine yapılacak tebligatın gerçekleştirilebilmesi için iflasın açıldığı (iflas kararının verildiği) ilçede bir adres göstermeleri uygun olur ise de¹¹; iflas idare memurlarının böyle bir adres göstermedikleri hallerde, iflas dairesine teslim edilecek veya başka ilçedeki bir iflas dairesi vasıtasıyla gönderilecek tebligat evrakının iflas dairesi tarafından iflas idaresine ulaştırılması ve iflas idaresine tebliğ edilmiş sayılması gerekir.

Bunun gibi, ilk derece mahkemesince iflasa karar verildiği; böylece, müflisin iflas masasına gelen mallarla ilgili davalardaki dava takip yetkisini kaybettiği, fakat henüz birinci alacaklar toplanmasının yapılmadığı ve iflas idaresinin seçilmemiş olduğu aşamada, müflisin davacı olduğu bu davalarda tebligatın iflas dairesine yapılması (tebliğ edilecek evrakın yukarıdaki paragrafta açıklanan usulle iflas dairesine ulaştırılması) doğru olur. Bu halde, iflas dairesi kendisine tebliğ edilen belgeleri oluşturulacak iflas idaresi göreve başlayıncaya kadar muhafaza edecek ve daha sonra, göreve başlayan iflas idare memurlarına teslim edecektir.

Birinci alacaklılar toplanmasına davet yapılmasına rağmen, gerekli toplantı veya karar çoğunluğu sağlanamadığı için iflas idaresinin seçilemediği ve iflas idaresine ait görevlerin İcra ve İflas Kanunu'nun 222'inci maddesine göre iflas dairesi tarafından yerine getirildiği hallerde de aynı usul uygulanmalı; yani, iflas masası ile ilgili malvarlığı davaları hakkındaki tebligat iflas dairesine yapılmalıdır.

IV. İflas idaresinin avukatla temsil edilmesi

İflas idaresi davada bir avukatla temsil ediliyorsa, tebligatın avukata yapılması gerekir; avukat sıfatını taşısa bile, iflas idare memuruna yapılan tebligat geçerli olmaz:

"Dava, alacağın iflas masasına kayıt ve kabulü istemine ilişkindir. - Davalı Ö ... A.Ş. İflas İdaresi yargılama aşamasında vekil ile temsil edilmiş ve bozma ilamı da vekil Avukat ...'a tebliğ edilmiştir. - Bozma sonrası duruşma günü de yine aynı vekil

¹⁰ Bkz. Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s.1109. İİK m. 184/2'de yer alan kuralın, hâkim kararı olmadıkça kimsenin özel kâğıtları ve eşyasına el konulamayacağı hakkındaki Anayasa m. 20/2 hükmüne uygun olup olmadığı tartışılması gereken bir soru olmakla birlikte, bu tartışma çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Haberleşme özgürlüğü ile cebri icra hukuku ilişkisi hakkında genel olarak bkz. Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 173-175.

¹¹ Yılmaz/ Çağlar, age, s. 84.

lin "...” adresine tebliğe çıkarılmış ve bu adreste usulünce tebliğ olunmuştur. - Bozma sonrası yargılamaya davalı iflas idaresi vekili usulen duruşma gününden haberdar edilmesine karşın katılmamış; mahkemece, 26.12.2006 tarihli direnme kararı ve davacı vekilinin temyiz dilekçesi Avukat ...'ın yukarıda açıklanan en son adresinden başka bir adrese gönderilmiş ve adresten taşındığından bahisle iade edilmiştir. Bunun üzerine, mahkemece her iki tebligat da iflas idaresi vekili olmayıp, sadece iflas idaresi memurlarından birisi olma sıfatını taşıyan Av. ... adresine gönderilerek, adı geçene tebliğ olunmuştur. - Ne var ki, davalı iflas idaresi vekille temsil edilmiş ve vekili Avukat Jale Ercan'ın en son tebligat yapılan adresi de "...” dur. Adı geçen vekilin adres değişikliğine ilişkin herhangi bir başvurusu da bulunmamaktadır. Bu açık olguya rağmen, adı geçen vekilin tebliğe yarar en son adresinden başka bir adrese tebligat çıkarılması doğru değildir. - Diğer taraftan, iflas idaresi vekille temsil olunmasına ve vekille temsil olunan hallerde vekile tebligat yapılması zorunlu bulunmasına karşın direnme kararı ve davacı tarafın temyiz dilekçesinin, vekil durumunda bulunmayan iflas idaresi memurlarından Av....'a tebliği de usulsüzdür. -Ayrıca, davalı iflas idaresi vekili olarak yargılamaya katılan Avukat ...'ın vekaletname veya yetki belgesi de dosya kapsamında yer almamaktadır. - Şu durumda, mahkemece yapılacak iş; öncelikle Avukat ...'ın davalı iflas idaresi vekili olduğuna ilişkin onaylı vekaletname veya yetki belgesinin evraka eklenmesi ve ardından da direnme kararı ve davacı yanın temyiz dilekçesinin iflas idaresinin vekili Avukat ...'ın tebliğe yarar en son adresi olan "...” adresine usulünce tebliği ile bu eksikler tamamlandıktan sonra temyiz incelemesi için dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi olmalıdır. - Bu nedenle, açıklanan eksikler giderildikten sonra Yargıtay'a gönderilmek üzere dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekir. - Yukarıda açıklanan nedenlerle dosyanın mahalline geri çevrilmesine, 16.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.”¹²

V. Davanın iflas masasıyla ilgili olup olmadığı hakkında uyuşmazlık çıkması

Nihayet uygulamada bazı hallerde malvarlığına ilişkin bir davanın iflas masası ile ilgili olup olmadığı yani bu dava ile ilgili dava takip yetkisinin iflas idaresine (veya iflas dairesine) mi, yoksa müflise mi ait olduğu konusunda tereddüt veya uyuşmazlık ortaya çıkabilir.

Örneğin, gerçek kişi tacirlerin iflasında, müflisin taraf olduğu davaya konu olan mal haczi kabil bir mal ise iflas masasına dahil olacak ve bu davanın iflas idaresi (veya istisnaen iflas dairesi) tarafından takip edilmesi; dava ile ilgili tebligatın da iflas idaresine veya iflas dairesine yapılması gerekecektir. Buna karşılık, aynı malın haczi kabil bir mal olmaması halinde dava takip yetkisi müflis üzerinde kalacak ve tebligatın ona yapılması gerekecektir.

İşte dava konusu malın iflas masasına girip girmeyeceği (mesela İİK m. 82, bent 12 anlamında “borçlunun haline münasip evi” niteliğinde olup olmadığı) tereddüt veya uyuşmazlık konusu ise, böyle bir durumla karşılaşılır.

Bu gibi hallerde, dava takip yetkisinin hakikaten müflise mi yoksa iflas idaresine (veya iflas dairesine) mi ait olduğu ve dolayısıyla dava ile ilgili tebligatın kime yapılacağı nihai olarak davayı gören mahkeme tarafından karara bağlanacaktır. Çünkü

¹² HGK. 16.04.2008, 19-342/322, www3.e-uyar.com.

dava takip yetkisinin bulunması dava şartı teşkil eder ve hakkında hüküm verilecek olan kişinin dava takip yetkisinin bulunup bulunmadığı mahkeme tarafından re'sen dikkate alınır.¹³

VI. Müflisin, iflastan önce verdiği vekâletnamelerin geçerliliği

Borçlar Kanunu'nun 35. maddesi,¹⁴ temsil olunan veya temsilciden birinin iflası ile temsil yetkisinin sona ereceğini öngörmekte olmasına rağmen, kanunun amacına göre, bu sonuç, ancak iflas masasını ilgilendiren malvarlığı davaları bakımından geçerli kabul edilmelidir.

Buna göre, iflas masasını ilgilendiren malvarlığı davalarında, müflise tebligat yapılamayacağı gibi, müflisin, iflasından önce kendisine yetki verdiği avukatına yapılan tebligat da usulsüzdür; mesela:

“İflas ile kişiliğin temsil ettirilmesi hakkı uyarınca verilen [vekâletname] Borçlar Kanunu'nun 35 ve 397 inci maddeleri hükmünce sona erdiğinden ve İcra ve İflas Kanunu'nun 226 ncı maddesi hükmünce iflas edenin bütün malvarlığını da masa temsil edeceğinden, masanın verdiği yetki dışında eski temsilciye yapılan tebligat da hüksüzdür.”¹⁵

Ancak, aynı sonuç masaya giren malvarlığı ile ilgili olmayan davalar (mesela müflisin taraf olduğu bir boşanma davası) bakımından geçerli değildir; bu türlü davalar bakımından müflisin avukatına verilen vekâletname iflastan sonra da geçerliliğini muhafaza edeceği gibi, vekile yapılan tebligat da geçerli olur.

VII. Müflisin taraf olduğu dava devam ederken iflasın kapanmasına karar verilmiş olması

İflasın kapanmasına karar verilmesi için tasfiyenin tamamlanmış olması gerekir (İİK m. 254/3). Müflisin davacı olduğu davalar devam ettiği sürece aktif masa tam olarak teşkil edilmiş sayılamayacağı için, tasfiye sona erdirilmiş sayılmaz ve iflasın kapanmasına karar verilmemesi gerekir. Ancak, bir davada, davacı iflas etmiş ve her nasılsa, davanın derdest olduğu sırada iflasın kapanmasına karar verilmiş olduğu ortaya çıkmış ise, bu dava ile ilgili tebligatın, iflas kapandıktan sonra tasfiyeden hariç kalmış olan mallara vaziyet etmekle görevli iflas dairesine yapılması gerekir (İİK m. 255'e kıyasen).¹⁶

¹³ Bkz. Baki Kuru, “Dava Şartları”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'm Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 127 ve 144.

¹⁴ Aynı şekilde bkz. 6098 sayılı (Yeni) BK m. 43.

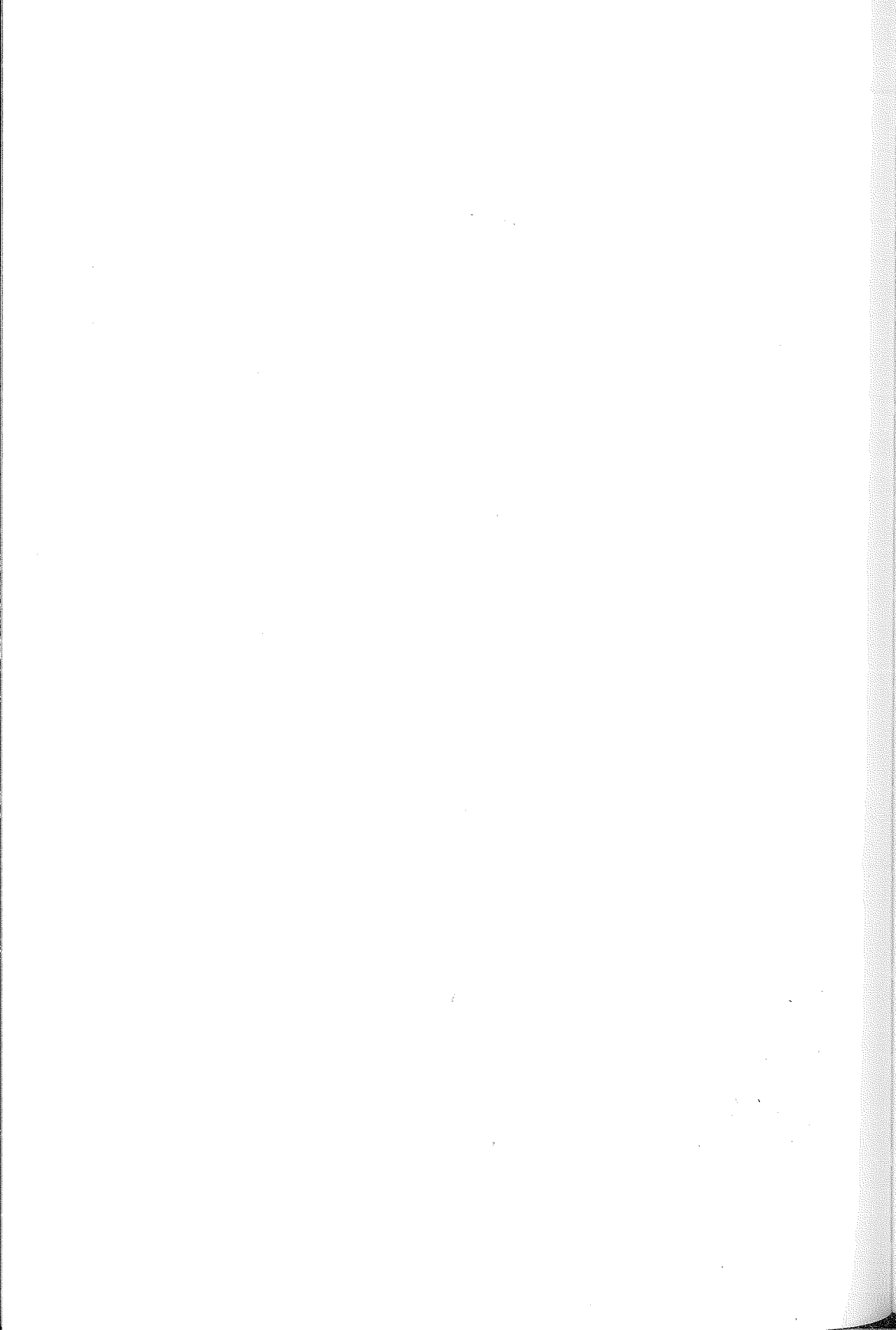
¹⁵ 4. HD 3.4.1965, 4256/1871, RKD 1966/2, s. 4; Yılmaz/Çağlar, age., s. 319.

¹⁶ Bu nedenle, aşağıdaki Yargıtay kararına konu davada, davaya devam edilirken, iflas dairesine tebligat yapılarak taraf teşkili de sağlanmalıdır: “Mahkemece; davacı şirketin iflasına karar verildiği, bilahare hiçbir mal varlığının bulunmaması nedeniyle iflasın kapatıldığı ve böylece davacının iflas yolu ile tasfiye edilmiş olup hukuki varlığının sona erdiği ve davada taraf ehliyetini kaybettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı ile müdahil kooperatifler birliği vekili tarafından temyiz edilmiştir. - Ankara İflas Dairesi Müdürlüğü'nün 10.8.1992 tarihli cevabına göre, davanın açılmasından sonra davacı şirketin Ankara Birinci Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 27.12.1991 gün ve E.1991/795, K.1991/591 sayılı kararı ile iflasına karar verildiği, masaya ait hiçbir mal varlığı tespit edilmediğinden iflasın mahkemece kapatıldığı anlaşılmaktadır. - İflasın açılması ile müflisin masaya giren mal ve haklar YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

KAYNAKÇA

- Atalay, Oğuz, *Anonim Şirketlerin İflası* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1996).
- Erişir, Evrim, *Medeni Usul Hukukunda Taraf.Ehliyeti* (İzmir: Güncel Yayınevi 2007).
- Kuru, Baki, “Dava Şartları”, *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, (Ankara: Ajans – Türk Matbaası 1964), s. 109 – 147.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (İstanbul: Türkmen Kitabevi 2004).
- Moroğlu, Erdoğan, *Notlu Türk Ticaret Kanunu* (İstanbul: Beta Yayınevi 2001).
- Özkes, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Ankara: Adalet Yayınevi 2009).
- Uyar, Talih, “İcra Hukukunda Tebligat”, *İstanbul Barosu Dergisi* 2004/2, s. 602 – 639.
- Uyar, Talih, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Cilt 10, (Ankara: Adalet Yayınevi 2008).
- Yılmaz Ejder / Çağlar Tacar, *Tebliğat Hukuku* (Ankara: Yetkin 2005).

üzerindeki tasarruf yetkisi kısıntıya uğrar. Bu kısıtlama müflisin iflas masasına giren mal ve haklarına ilişkin davaları yürütme yetkisini de etkiler. Masa ile ilgili davalar hakkındaki takip yetkisi de iflas idaresine ait olur. Bazı istisnalar dışında iflasın açılması ile birlikte müflisin taraf olduğu hukuk davaları ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar durur (İİK.194). Sonra da davaya iflas idaresi tarafından devam edilir. Bu itibarla dava sırasında taraflardan birinin iflas ettiğinin anlaşılması halinde mahkemece iflas idaresine tebligat yapılması icap eder. - Ancak, iflas idaresinin cevabi yazısında müflis davacı şirketin mal varlığı bulunmadığından iflasının kapatılmasına karar verildiği bildirilmektedir. İflasın kapanması kararı ile iflas hali sona ermiş olacağından, iflas idaresinin görevi de son bulur. O halde; mahkemece davaya devam edilerek deliller toplamı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davacı şirketin hukuki varlığının sona erdiği ve davada taraf ehliyetini kaybettiği gerekçesiyle yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunduğundan kararın bozulması gerekmektedir.” 15. HD. 30.12.1993, 4500/5725, YKD 1995/1 s. 65-66.



HEKİM MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI
(*PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE FOR PHYSICIANS*)

Prof. Dr. Mustafa ÇEKER*

ÖZET

Son günlerde sürekli bir şekilde toplum gündemini meşgul eden tıbbî kötü uygulamalar, hekimlerin sorumluluk yükleyen davaları da artırmaktadır. 2010 yılında yapılan düzenleme ile hekimlerin tıbbî kötü uygulamalardan kaynaklanan sorumluluklarını sigorta ettirmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu çalışmada, hekim meslekî sorumluluk sigortasının esasları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hekimlerin sorumluluğu, malpraktis, tıbbî kötü uygulamalar, meslekî sorumluluk sigortası.

ABSTRACT

In these days, the bad medical practices (malpractice) that have occupied the agenda of the community in a continuous manner increase the litigation on physicians' liability. Liability insurance for bad medical practices became mandatory with the legal arrangements made in 2010. In this study, the fundamentals of professional liability insurance for physicians are analyzed.

Keywords: *Liability of physicians, malpractice, bad medical practices, professional liability insurance.*

I. GENEL OLARAK

Tıbbî hatalar (malpraktis), son günlerde sürekli bir şekilde toplumun gündemini meşgul etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, tıbbî hatalar sonucunda her yıl ortalama yüz bin kişinin öldüğü¹ bildirilmiştir². Gerçekten, tedavi sistemindeki karışıklıklar, doktorların hata kabul etmemesi ve hataların neden olduğu masrafların ödenmesine ilişkin güvence isteminin bulunması gibi nedenlerden dolayı, tıbbî kötü uygulamalarla sıkça karşılaşılmaktadır.

Tıbbî kötü uygulamalar, yoğun bir şekilde hizmet vermeye çalışan hekimleri ciddi tazminat talepleriyle karşı karşıya getirdiği gibi, tedavi umuduyla sağlık kuruluşlarına başvuran hastaları ise tedavi bir yana uğradıkları zararların karşılanamaması riskiyle de baş başa bırakmaktadır. Bu kapsamda, geliştirilen çözümlerden biri de,

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: mceker@cu.edu.tr.

¹ Almanya'da görülen benzer olay sayısının kırk bin olduğu bildirilmektedir. Katzenmeier, C.; "Heilbehandlungsrisikoversicherung" – Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz? –, VersR 2007, 58. Jahrgang, H.04, s.137.

² Bkz. Milliyet Gazetesi, 19.05.2005.

sağlık personelinin tıbbî kötü uygulamalardan doğan malî sorumluluklarının sigorta edilmesidir. Bu sigortada ön plana çıkan sağlık personeli olması sebebiyle kısaca “hekim meslekî sorumluluk sigortası” olarak anılan “tıbbî kötü uygulamaya ilişkin zorunlu malî sorumluluk sigortası”, Türkiye’de 2005 yılından bu yana sigortacılık gündemine gelmiş, son olarak 2010 yılında çıkarılan bir kanunla³ zorunlu sigortalar arasındaki yerini almıştır.

Bu çalışmada, 30.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren tıbbî kötü uygulamaya ilişkin zorunlu malî sorumluluk sigortası genel şartları ile 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu hükümleri dikkate alınarak hekim meslekî sorumluluk sigortası incelenmektedir.

II. HEKİM MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASININ GELİŞİMİ

Hekim meslekî sorumluluk sigortası, ülkemiz açısından yeni bir kavram olmasına rağmen, dünya gündemini 1970’lerden bu yana meşgul etmektedir⁴. Gerçekten, ilk olarak 1975 yılında İsveç’te özel kaza sigortası kapsamında tıbbî kötü uygulamaları da kapsayan teminat, poliçelere ilave edilmeye başlanmıştır. Bu ülkeyi 1986 yılında Finlandiya, 1988’de Norveç, 1992’de Danimarka takip etmiştir. Yeni Zelanda ise, 1974 yılından bu yana sosyal güvenlik sistemi içindeki kaza sigortasına, tıbbî kötü uygulamaları da dahil etmiş, 01.07.2005 tarihinden geçerli olmak üzere konuya ilişkin bütün rizikoları sosyal güvenlik şemsiyesi altına almıştır.

Ülkemizde⁵ hekimlerin meslekî sorumluluk sigortası yaptırmasına yönelik ilk düzenleme, 2005 yılında yapılan bir dizi toplantı sonucunda 16.03.2006 tarihinde yayımlanan “Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları” olmuştur. Bu genel şartlara bağlı olarak hazırlanan “Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası Klozu”, 21.09.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu tarihten itibaren hekimler ve diğer sağlık personeli isteğe bağlı olarak meslekî sorumluluk sigortası yaptırmaya başlamışlardır. Son olarak, 2009 yılında hazırlanan “Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın Ek 12. maddesinde, hekimlerin tıbbî kötü uygulamalarla ilgili olarak sigorta yaptırması zorunluluğu öngörülmüştür. Tasarı, 12 Ocak 2010’da TBMM gündemine alınmış, 21.1.2010 tarihinde kabul edilerek 30.01.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle kanunlaşmıştır. Bu sigortanın uygulamaya geçmesi için hazırlanan sigorta genel şartları da, 21.07.2010 tarih ve 27648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır⁶.

III. HEKİM MESLEKÎ SORUMLULUK SİGORTASININ ÖZELLİKLERİ

³ 21.1.2010 tarihli 5947 sayılı Kanun, RG.30.1.2010, s.27478.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Katzenmeier, s.137.

⁵ Türk Tabipler Birliği verilerine göre, Yüksek Sağlık Şurası 1931-1999 yılları arasında 206 kez toplanarak 10.000’e yakın dosya için görüş vermiştir. Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu’nda ise 1986-2002 yılları arasında 704 dosya görüşülmüştür. Ayrıca 1990-2000 yılları arasında Adli Tıp Kurumu’na hekim hatası iddiasıyla 636 dava dosyası gelmiştir. Yüksek Sağlık Şurası’nda görüşülen dosyaların büyük çoğunluğunun tıp doktorları için yapılan başvurular olduğu göz önüne alındığında, Türkiye’de her 30 hekimden birinin şikâyete uğradığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

⁶ Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1), RG. 21.07.2010, S.27468.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Hekim meslekî sorumluluk sigortasının özelliklerini belirleyebilmek için, sigorta sistemi içindeki yerini değerlendirmek gerekir.

A. Özel Sigorta Niteliği

Bilindiği üzere, sigorta hukukunda sigorta branşları, sosyal sigortalar ve özel sigortalar olmak üzere ikiye ayrılır⁷. Buna göre, özel sigorta, münferit kişilerin özel çıkarlarının çeşitli tehlikelere karşı güvence altına alınması için kural olarak kendi istekleriyle meydana getirilir. Belirli bir halk topluluğunun sosyal güvenliklerini sağlamak amacıyla kanunla kurulan kamu tüzel kişileri tarafından sağlanan ve kişilere bu sigortaya katılma konusunda takdir yetkisi vermeyen sigortalar sosyal sigorta niteliği taşır. Özel sigortalarda kişiler sigortacıyı seçme, sigortanın kapsamı ve prim miktarını belirleme konusunda serbest bırakılırken, sosyal sigortalarda sigortacı kanunla kurulmuş sosyal güvenlik kurumu olduğu gibi, sigorta teminatı ve ödenecek prim tutarı kanunla tespit edilir. Sosyal sigortada, prim tutarı, rizikonun büyüklüğüne göre değil, sigortalının ödeme gücüne göre belirlenir; hatta bazı hâllerde sigorta primlerinin bir kısmı sigortalıdan bir kısmı ise sigorta ettirenden alınır.

Hekim meslekî sorumluluk sigortası açısından bakıldığında, bu sigortanın sosyal sigortalara ilişkin bazı özelliklere sahip olmasına rağmen esas itibarıyla özel sigorta niteliği taşıdığını kabul etmek mümkündür. Gerçekten, sosyal sigortalarda olduğu gibi, hekim meslekî sorumluluk sigortasında da sigorta yaptırma konusunda kişiler serbest bırakılmamış, meslekî faaliyette bulunan kişilerin sigorta yaptırması zorunluluğu getirilmiştir. Ancak bütün zorunlu sigortalarda var olan bu özellik hekim meslekî sorumluluk sigortasının sosyal sigorta sayılmasını sağlamaz. Aynı şekilde sosyal sigortalara benzer şekilde hekim meslekî sorumluluk sigortasında kamuda çalışan hekimler için sigortacıyı seçme özgürlüğü tanınmamış, onun yerine Bakanlıkça açılan ihaleyi alan sigorta şirketlerine sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Bunun gibi, hekim meslekî sorumluluk sigortasında primlerin yarısının hekimin görev yaptığı kurumun döner sermayesinden karşılanacak olması da, bu sigortaları sosyal sigortalara yaklaştırmaktadır⁸. Buna karşılık, sigorta teminatının kapsamının tek tip olmaması, sigortacının kamu kurumu değil de özel sigorta şirketi niteliği taşıması, prim tutarlarının rizikonun ağırlığına göre belirlenmesi gibi yönleri itibarıyla hekim meslekî sorumluluk sigortası özel sigorta niteliğindedir.

B. Zarar Sigortası Niteliği

Sigortacının edim şekli dikkate alındığında, bazı sigortalar zarar sigortası, bazıları meblağ sigortası olarak adlandırılır⁹. Buna göre, zarar sigortasında güvence altına alınan rizikonun meydana getirdiği zararın tazmin edilmesi esastır. Ancak, zarar sigortalarında, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için rizikonun

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, M.; 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011, s.9 vd.

⁸ Nitekim İsveç, Norveç, Finlandiya gibi bu sigortanın ilk uygulamalarının görüldüğü ülkelerde hekim meslekî sorumluluk sigortasının özel sigorta olarak değil sosyal sigorta olarak getirilmesi gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşler için bkz. Katzenmeier, s. 137-138.

⁹ Bkz. Arseven, H.; Sigorta Hukuku, İstanbul 1987, s.40; Kubilay, H.; Özel Sigorta Hukuku, 2. Bası, İzmir 2003, s.11.

gerçekleşmesi yetmez; aynı zamanda bu riziko sonucunda sigorta konusu menfaatin bir zarara uğramış olması da gerekir¹⁰. Zarar sigortalarının bir diğer özelliği ise, bu tür sigortalarda, sigorta konusu menfaatte meydana gelen gerçek zararın tazminat olarak ödenmesidir. Meblağ sigortalarında ise, tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması için rizikonun gerçekleşmesi yeterlidir, rizikonun mutlaka bir zarara neden olması aranmaz. Diğer bir deyişle, meblağ sigortaları, bir zararla bağlantı olmaksızın sigortacının sözleşmede öngörülen toplu parayı rizikonun gerçekleşmesi üzerine hak sahibine ödemesi esasına dayanır. Meblağ sigortalarında rizikonun zarar verici nitelik taşıması gerekmediğinden hiç zarara yol açmayan bir olayın da sigorta teminatı kapsamına alınması mümkündür.

Hekim meslekî sorumluluk sigortasında, sigortacının asıl edimi, poliçede öngörülen olaylardan birinin gerçekleşmesi hâlinde zarar gören üçüncü kişilere tazminat ödemektir. Dolayısıyla bu sigorta ile rizikonun gerçekleşmesiyle sigortalının karşılaştığı tazminat talebi poliçe limitiyle sınırlı olarak sigortacı tarafından karşılanır. Bu yönüyle hekim meslekî sorumluluk sigortasının konusunu sigortalının hatalı eylemi sonucunda üçüncü kişilerin uğradığı somut zararlar oluşturur. Buradan hareketle, hekim meslekî sorumluluk sigortasının da bir zarar sigortası niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun zarar sigortalarına ilişkin hükümleri, uyduğu ölçüde hekim meslekî sorumluluk sigortasında da uygulama alanı bulur.

C. Pasif Sigortası Niteliği

Sigorta türlerine ilişkin yapılan sınıflandırmalardan biri de, sigortanın karşıladığı değere göre yapılan aktif sigortası-pasif sigortası ayrımıdır. Buna göre, aktif sigortalarda kişinin malvarlığındaki kayıplar karşılanırken, pasif sigortalarının konusunu kişinin borçlarındaki artışın karşılanması oluşturur. Hatalı uygulama sonucunda üçüncü kişilerin tazminat talebini güvence altına alan hekim meslekî sorumluluk sigortasında, sigortalının ödeyeceği tazminat sigortacı tarafından karşılanır. Bu sigorta, sigortalıyı tazminat taleplerinin kendi malvarlığında meydana getireceği kayıplara karşı korur. Dolayısıyla hekim meslekî sorumluluk sigortası, bir aktif sigortası olmayı pasif sigortası niteliğini haizdir.

D. Sorumluluk Sigortası Niteliği

Hekim meslekî sorumluluk sigortası, adından da anlaşılacağı üzere sorumluluk sigortalarının bir türünü oluşturmaktadır. Sorumluluk sigortaları, sigorta ettirenin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna yol açan olaylar sonucunda malvarlığının azalması rizikosunu güvence altına alır¹¹. Bu sigortalar, sigorta ettirenin üçüncü kişilere olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz; ancak sigorta ettirenin malvarlığında oluşabilecek azalmayı en aza indirmeyi amaçlar. Sorumluluk sigortalarına ilişkin genel hükümler (TTK.m.1473-1484), hekim meslekî sorumluluk sigortası açısından da geçerlidir. Buna göre tıbbî kötü uygulama sonucunda zarar gören kişiler, eylemde kusurlu olan he-

¹⁰ Çeker, s.17.

¹¹ Bkz. Kender, R.; Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Mesuliyet Sigortaları Semineri, İstanbul 1977, s.1 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

kime başvurabilecekleri gibi, TTK.m.1478 gereğince doğrudan sigortacıdan da tazminat talebinde bulunabilirler.

E. Zorunlu Sigorta Niteliği

Hekim meslekî sorumluluk sigortasının yapılması, ilgililerin isteğine bırakılmamıştır. 1219 sayılı Kanun'a getirilen ve 30.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren madde Ek-12 uyarınca, sağlık personelinin tıbbî kötü uygulamalara ilişkin olarak malî sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Bu bakımdan, 2010 yılından önce isteğe bağlı nitelik taşıyan bu sigorta, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren zorunlu sigorta niteliği kazanmıştır. Gerçekten kanun hükmüne göre, *"bu maddedeki zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beş bin Türk Lirası idarî para cezası verilir"*.

IV. HEKİM MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKO VE SINIRLARI

Hekim meslekî sorumluluk sigortası, bütün rizikoları kapsayan bir sigorta niteliği taşımaz. Sigortanın konusu, sigorta yaptırabilecek kişiler ile teminat kapsamına giren hâller bakımından çeşitli sınırlamalar mevcuttur.

A. Sigortanın Konusu

Hekim meslekî sorumluluk sigortası; serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların; poliçede belirtilen meslekî faaliyeti ifa ederken; sözleşme süresi içinde meydana gelen bir olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere, bu zarar veya taleple bağlantılı yargılama giderlerine karşı belirlenen sigorta limitlerine kadar teminat sağlayan bir malî sorumluluk sigortasıdır (Genel Şartlar m.A.1). Buna göre kanunda belirtilen sağlık personeli, meslekî faaliyetlerini yerine getirirken ihmal neticesinde hastaya zarar verecek olurlarsa, bu zararları sigortacı karşılayacaktır.

Bu çerçevede, sigortanın konusunu "sağlık personelinin kusurlu bir şekilde hastalara verdikleri zararlar" oluşturur. Söz konusu zararlardan dolayı sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması için aşağıdaki şartların yerine gelmesi gerekir:

- Meslekî faaliyet yerine getirilirken zarar verilmiş olması,
- Zararın sigortalının kasıtlı olmayan bir şekilde kusurlu davranışından kaynaklanması,
- Sözleşme süresi içinde meydana gelen bir olaydan dolayı aynı süre veya sözleşme sonrasında tazmin talebinde bulunulması ya da,
- Sözleşmeden önce meydana gelmekle birlikte sigorta süresi içinde tazmin talebinde bulunulması,
- Poliçe limitlerinin aşılması.

B. Sigorta Yaptırması Gereken Kişiler

Hekim meslekî sorumluluk sigortası, zorunlu bir sigorta olduğundan aşağıdaki kişilerin meslekî faaliyetlerini yürütürken bu sigortayı yaptırması şarttır:

- Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar
- Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar
- Mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar

Böylece, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar dışında kalan kişilerin sigorta yaptırma zorunluluğu yoktur. Örneğin tıp fakültesi öğrencileri kapsam dışı kalmaktadır. Aynı şekilde bu unvanlara sahip olmasına rağmen meslekî faaliyette bulunmayan kişiler sigorta yükümlüsü değildirler. Buna karşılık, policede tanımlanan meslekî faaliyete son verilmesi hâlinde sigorta sözleşmesi sona erer ve işlemeyen günlere ait prim sigorta ettirene iade edilir (Genel Şartlar m.C.6).

Öte yandan, meslekî faaliyetin kamu veya özel sağlık kuruluşunda yürütülmesi ya da serbest şekilde yapılmasının sigorta yükümlülüğü bakımından bir önemi yoktur. Ancak, sigortalının meslekî faaliyetini yürütme biçimi, sigorta priminin kimin tarafından ödeneceğinde etkilidir¹². Şöyle ki, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışması için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz. Mesleklerini serbest olarak icra edenler ise, sigorta primini kendileri karşılamak zorundadır.

Bakanlıkça çıkarılan 2010/1 sayılı Tebliğ'e göre, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nda sigorta ettiren sıfatını taşıması gereken kişiler şu şekilde belirlenmiştir:

- a) Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar için, sigorta ettiren sıfatıyla kendileri tarafından,
- b) Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların her biri için ayrı ayrı, sigorta ettiren sıfatıyla kurumları tarafından,
- c) Mesleklerini serbest olarak icra eden tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile sözleşmeli aile hekimleri için kendileri tarafından,

Buna karşılık, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nın grup sigortası¹³ şeklinde yapılması yasaktır (Tebliğ B.2).

¹² Bkz. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)

¹³ Grup sigortası kavramı hakkında bkz. Çeker, s.240-241.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

C. Sigorta Teminatı

Hekimlerin yaptırmak zorunda oldukları bu sigortanın kapsamı, kanun ve genel şartlarda ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

1. Teminatın Kapsamı

a) Yasal Düzenleme

Hekimlere meslekî sorumluluk sigortası yaptıрма zorunluluğu getiren kanunda bu sigortanın genel olarak kapsamı da belirlenmiştir. Buna göre, “*kamu ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, mesleki faaliyetleri sırasında tıbbî kötü uygulama nedeni ile verebilecekleri zararı karşılamak üzere ve kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı zorunlu meslekî malî sorumluluk sigortası*” yaptırmak zorundadırlar. Bu çerçevede, tedavi amaçlı müdahalelerden kaynaklanan zararlar sigorta teminatı kapsamına girer.

Bu noktada “tıbbî kötü uygulama” kavramından neyin anlaşılması gerektiği sorusuyla karşılaşılabilir. Tıbbî kötü uygulama, bir girişim, tedavi ya da uygulamanın sadece yanlış, eksik yapılması demek değildir; aynı zamanda yapılması gerektiği halde yapılmayan bir işlem de bu kapsamda değerlendirilebilir. Hekimler, “*hastalık yok hasta var*” diyerek her kişinin ve durumun kendisine has olduğunu vurgularlar. Sağlık hizmetleriyle ilgili eksik, yanlış ve hatalar ne kadar somut olursa olsun, o durumdan ve o anda sürece katkıda bulunan kişilerden kaynaklanan özel durumların olayda etkili olduğu gözardı edilemez. Benzer olaylara ilişkin değerlendirmeler de zaman zaman oldukça öznel olabilir. Dünya Tabipler Birliği’nin tıbbî yanlış uygulamalara ilişkin 1992 tarihli Bildirgesine göre, *tıbbi yanlış uygulama (malpractice); doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan “zarardır”*. Buna karşılık, *“tıbbi uygulama sırasında; öngörülemez bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan zararlar ise; istenmeyen sonuçtur ve bunda hekimin sorumluluğu yoktur”*. Burada geçen “öngörülemez” nitelemesi, iki farklı anlam içerir. İlk olarak, bilinmediği için “öngörülemez” durumlar kastedilmiş olabilir. “Bilinmemesi” durumu da iki şekilde gündeme gelebilir: İlki henüz bu bilgiyi tıp biliminin ortaya koymamış olmasıdır ki bu durumda gerçekten uygulamayı yapanın bir sorumluluğu söz konusu olamaz. Ama bilgi mevcut, ancak uygulamayı yapan bundan yoksun, ya da haberdar değilse o zaman “öngörülemez”, bir kusur ve eksikliğe dayandığı için sorumluluk doğurur.

b) Sözleşme ile Kapsam İçine Alınabilecek Rizikolar

Hekim meslekî sorumluluk sigortası kapsamına girmeyen aşağıdaki hâller, sigorta sözleşmesine konulacak özel hükümlerle teminat altına alınabilir:

1. Genetik mühendisliği uygulamalarından kaynaklanan tazminat talepleri,
2. Her türlü deney veya araştırmalardan doğan tazminat talepleri,
3. Her tür kan bankası faaliyeti neticesinde doğrudan veya dolaylı olarak meydana gelen tazminat talepleri,
4. Tanı veya tedavi amacı olmaksızın yapılan bütün tıbbî müdahaleler ile plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her tür estetik ameliyattan kaynaklanan tazminat talepleri,

5. Üremeye yardımcı (kısırlık tedavisi) ya da üremeyi önleyici (kısırlaştırıcı tedavi) her tür sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat talepleri,

6. Sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kasıtlı hareketlerinden kaynaklanabilecek tazminat talepleri,

7. AIDS veya onun patojenleri ya da hepatit A, B veya C'ye bağlı olabilecek yahut onlardan kaynaklanan veya onların katkıları ile oluşan her türlü zarar ile bunlar sonucu ortaya çıkan ruhsal rahatsızlıklara bağlı tazminat talepleri,

8. İnsan ve hayvan organları, kanları, hücreleri, her türlü ifrazatı, türevleri, genleri, biosentez ve ilgili mamullerin denemesi, değiştirilmesi, elde edilmesi, kazanılması, hazırlanması, işlenmesi, elden geçirilmesi, dağıtımı, depolanması, ikame edilmesi, kullanılmasından kaynaklanan tazminat talepleri,

9. Sigortalıya, bir sağlık kurumunda yönetici veya işletici olması nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri,

2. Teminat Dışı Kalan Hâller

Sigorta Genel Şartlarına bakıldığında aşağıdaki hâllerin hekim meslekî sorumluluk sigortası kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir (m.A.3):

a) Sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen meslekî faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,

b) meslekî faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları,

c) Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen meslekî faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar,

d) İdarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar;

Aynı şekilde tıbbî kötü uygulama niteliği taşımasına rağmen aşağıdaki hâller, sigorta özel şartlarına konulacak bir hükümle teminat dışında bırakılabilmektedir:

1. Ruhsatlı bir sağlık kurum veya kuruluşunda ve acil haller dışında yapılmadığı ve usulünce yetki verilmiş bir anestezi uzmanı gözetimi altında olmadığı dış hekimleri ve cerrahlar tarafından genel anestezi uygulanmasından kaynaklanan tazminat talepleri,

2. İlk yardım ve acil müdahale hariç olmak üzere, meslekten geçici yasaklanılan dönem içinde verilen her tür tedavi ve sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,

3. İlk yardım veya acil yardım hizmetlerinin sunulduğu yerlerde, yeterli ve gerekli ekipman ile teçhizatın sigortalının kişisel kusuru ile bulundurulmamasından kaynaklanan tazminat talepleri,

4. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat talepleri,

5. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, diethylstibesterol (DES), dioxin, urea formaldehide, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten kaynaklanan bütün tazminat talepleri,

V. KORUMA SÜRESİ

Kişilerin yaşamlarının herhangi bir döneminde karşı karşıya geldikleri yanlış ve hatalı müdahaleler sonucu o sırada ya da daha sonra ortaya çıkacak tıbbi sorunlar, yeni mağduriyetlere sebep olabilir. Bu sorunlar ortaya çıktığında, önceki durum ve olayla ilişkilendirilmek suretiyle yıllar sonra tazminat talebinde bulunulması durumuyla da karşılaşılabılır. Bu yüzden sigortacının sorumlu olduğu zaman diliminin poliçede açık ve net bir şekilde gösterilmesi gerekir.

Sigorta genel şartlarına göre sigorta teminatı verilecek dönemi 3 ayrı şekilde belirlemek mümkündür:

A. Sözleşme Süresi İçindeki Olayları Kapsayan Poliçeler (Claims Made)

Sigorta poliçesinin kapsamı belirlenirken, sadece sözleşme süresi içinde meydana gelen tıbbî kötü uygulamaların poliçe teminatı altına alınması mümkün olabilir. Bu durumda, tazmin talebinin sözleşme süresi içinde yapılması mümkün olduğu gibi, sigortacı sözleşme süresi içinde meydana gelmiş bir olaydan kaynaklanmak koşuluyla sigorta süresi bittikten sonraki iki yıl içinde yapılan tazmin taleplerini de karşılamak zorunda kalır. Bir örnekle açıklayacak olursak, örneğin poliçe başlangıcı 01.04.2011 olmakla birlikte 30.05.2011 tarihinde gerçekleştirilen bir hatalı ameliyat sonucunda hastanın uzun süre yoğun bakımda kalıp 30.06.2012 tarihinde ölmesi durumunda, taraflar arasındaki poliçenin süresi 01.04.2012 tarihinde bitmiş olsa bile, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü doğar. Bu tip poliçelerde poliçe süresi içinde talep edilmesine rağmen örnekteki 01.04.2011 tarihinden önceki zaman dilimindeki olaylardan dolayı tazminat ödenmez.

B. Sözleşme Tarihinden Öncesini Kapsayan Poliçeler (Loss Occurrence)

Sigorta poliçesinin başlangıç tarihinden önce gerçekleşmekle birlikte sigorta süresi içindeki tazmin taleplerini kapsayacak şekilde düzenlenmesi de mümkündür. Bu durumda, sigortacı eski tarihli bir olaydan kaynaklansa bile sigorta süresi içindeki bütün (poliçe kapsamına giren) tazmin taleplerini karşılamak zorundadır. Buna karşılık, poliçe tarihinden sonraki tazmin talepleri sigortacının sorumluluğu dışında kalır. Böylece yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, tazmin talebine konu oluşturan operasyon 01.01.2011 tarihinde olmasına rağmen 01.04.2011-01.04.2012 tarihleri arasında tazminat talebinde bulunulacak olursa, sigortacının tazminat ödemesi gerekir. Buna karşılık 01.04.2012 tarihinden sonraki tazmin talepleri, sigorta süresi içindeki bir olaya ilişkin olsa bile, sigorta güvencesi dışında kalır.

C. Karma Poliçeler

Hekim meslekî sorumluluk sigortası poliçesinin, yukarıda örnek verilen kapsam dışı halleri de içerecek şekilde karma poliçe şeklinde düzenlenmesine de izin verilmiştir. Bu tür poliçelerde, sigortacı genellikle bir yıl önceki dönemde gerçekleşmiş olaylara bağlı tazmin taleplerini de sigorta kapsamına almış olur. Dolayısıyla 01.04.2011 tarihli poliçeden bir yıl öncesine kadar gerçekleştirilmiş tıbbî müdahalelerden meydana gelen zararlara ilişkin tazmin talepleri, sigorta süresi içinde veya bu süre dolduktan sonraki bir yıllık süre içinde olmak koşuluyla sigortacı tarafından karşılanır. Buna göre, en

geniş teminat sağlayan poliçe karma poliçe olmaktadır, ancak bu poliçeyle sigortacı daha büyük bir risk altına girdiğinden talep edeceği primi de yüksek tutacaktır.

V. RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİ

Sigorta poliçesinde öngörülen zaman dilimi içinde poliçe kapsamına giren bir olayın ortaya çıkması hâlinde, riziko gerçekleşmiş olur. Poliçe kapsamına giren bir olayın ortaya çıkması, genellikle zarar görenin tazmin talebiyle öğrenilir. Buna göre, sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakati dâhilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya sigortalıya karşı yapılan tebligat sonucu davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle ya da zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hâllerinde riziko gerçekleşmiş sayılır.

Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, gerek sigortalı gerekse sigortacı bazı yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.

A. Bildirim Yükümlülüğü

Bütün sigortalarda olduğu gibi, hekim meslekî sorumluluk sigortasında da, sigortalıya rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigortacıya bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. TTK.m.1475'e göre, sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmekle yükümlüdür¹⁴. Ayrıca, sigortalı kendisine yöneltilen istemleri de, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirmelidir (TTK.m.1475/2).

Bildirim yükümlülüğünün ihlali hâlinde, 1446. maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kıyas yolu ile uygulanır (TTK.m.1475/3). Buna göre, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. Ancak, sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, tazminattan indirim yapamaz.

B. Sigortacının Hukukî Yardımda Bulunması

Sigortalının sorumluluğunu gerektiren bir olayın meydana gelmesi hâlinde, sigortacı tarafından sunulacak yardımların kapsamı TTK.m.1476'da hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, sigortacı ihbarı aldıktan sonra, iki seçenekten birini kullanabilir. İlk olarak, sigortacı ihbarı aldığı tarihten başlayarak beş gün içinde sigortalıya, zarar gören kişinin yönelttiği taleplere karşı, sigortalı adına ancak masraf ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere gereken hukukî iş ve işlemleri yürütüp yürütmeyeceğini, ayrıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini bildirebilir (TTK.m.1476/1). Sigortacı, bu iş ve işlemleri üstlendiğini bildirirse sigortalı, kendisinden talep edilen yardımları yapmak kaydıyla davanın yürütülmesine karşmaz. Sigortacı, açılmış davanın reddedilmesini sağlarsa, sigorta sözleşmesi gereği ödeme yapmaktan kurtulmuş olur; buna karşın zarar gören kişinin açtığı davada sigortalı

¹⁴ Genel şartlarda bu süre beş gün olarak gösterilmekle birlikte, kanun hükümlerine aykırı ve sigortalı aleyhine olan genel şartlar hükümsüz sayılacağından, ihbar süresinin, beş gün değil, on gün olarak kabulü gerekir.

mahkûm olursa, sigortacı ödeme yapmak zorunda kalır. Sigortacının hukuki işlemleri üstlenmesi hâlinde, sigortalının da hak ve menfaatlerini gözetmesi gerekir (TTK.m.1476/3).

Buna karşın eğer sigortacı birinci fıkra uyarınca işlemleri yürütmeyeceğini bildirirse veya sigortalı süresi içinde cevap vermezse, maddenin dördüncü fıkrası uygulama alanı bulur. Bu hükme göre sigortalı, kendisine yöneltilen taleplere karşı, tek başına, gerekli iş ve işlemleri yürütür. Böyle bir halde, sigortalı aleyhine bir tazminat ödeme borcu öngören mahkeme kararı kesinleştiğinde, sigortacı başka bir hükme gerek kalmaksızın sigortalısına veya talepte bulunan kişiye ödeme yapmak zorundadır. Yalnızca, sigortalının yapacağı sulh sözleşmeleri için sigortacıdan icazet alması şartı aranmıştır (TTK.m.1476/4); sigortacı icazet vermezse, sulh sözleşmesi sigortacıya karşı hüküm ifade etmez. Dolayısıyla geçerli sulh sözleşmesi uyarınca ödeme yapan sigortalı, ödediği bedeli sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacıdan talep edemez.

TTK.m.1476/2 uyarınca, sigortacıya, bu haklardan birini tercih ettiğini sigortalıya bildirmesi için tanınan beş günlük süre içinde, sigortalı, herhangi bir sigorta hiyayesi yokmuşçasına gerekli işlemleri yürütmek zorundadır.

C. Sigortalının Talimatlara Uyması

Sigorta poliçesi kapsamına giren bir olayın gerçekleşmesi ve bu yönde bir tazmin talebinin ortaya çıkması üzerine, durumdan haberdar olan sigortacı, sigortalıdan bazı belge ve bilgiler isteyebileceği gibi, sigortalıya çeşitli talimatlar da verebilir. Buna göre, sigortalının yerine getirmesi gereken hususlar şunlardır (Genel Şartlar m.B.2)

a) Sigorta sözleşmesi yokmuş gibi gerekli her türlü önlemi almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyet dışındaki sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymak,

b) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğinin ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek,

c) Sigortacının yazılı onayı olmadıkça, sorumluluğu veya tazminat talebini kısmen veya tamamen kabul etmemek, ödeme taahhüdünde bulunmamak, zarar görenlere herhangi bir tazminat ödemesinde bulunmamak;

d) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayaya geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek,

e) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmek.

D. Tazminatın Ödenmesi

Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, özel durumlar hariç olmak üzere, hangi belgelerin istenileceği poliçe ekinde açık ve anlaşılır şekilde yer almak zorundadır. Sigortacı, talep edilen tazminat ve giderleri, hak sahibinin tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu ve poliçe ekinde de yer alan diğer gerekli bel-

geleri eksiksiz olarak şirketin merkez veya kuruluşlarına iletildiği tarihten itibaren on beş iş günü içinde¹⁵ gerekli incelemeleri tamamlayıp sözleşmeye aykırı olmayan zararlara ilişkin tazminatı öder.

Tazminatı ödeyen sigortacı, hukuken sigortalının yerine geçer ve zarardan sorumluluğu olan kişilere karşı rücu hakkını kullanabilir.

KAYNAKÇA

Arseven, H.; Sigorta Hukuku, İstanbul 1987.

Çeker, M.; 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011.

Katzenmeier, C.; "Heilbehandlungsrisikoversicherung" – Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz? –, VersR 2007, 58. Jahrgang, H.04, s.137 vd.

Kender, R.; Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Mesuliyet Sigortaları Semineri, İstanbul 1977, s.1 vd.

Kubilay, H.; Özel Sigorta Hukuku, 2. Bası, İzmir 2003.

¹⁵ Sorumluluk sigortalarına ilişkin genel hükümlerde (TTK.m.1427) bu süre 45 gün olarak belirlenmekle birlikte, genel şartlarda öngörülen süre daha kısa ve aynı zamanda sigortalı ve zarar görenin lehine olduğundan hekim sorumluluk sigortası bakımından tazminat ödeme süresinin 15 işgünü olarak kabul edilmesi gerekir.

AVRUPA KONSEYİ'NDE SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMANI
(COUNCIL OF EUROPE INSTRUMENTS ON FINANCING OF POLITICAL PARTIES)

Doç. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

ÖZET

Siyasetin finansmanı önemli bir demokrasi sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede Avrupa Konseyi bünyesinde Bakanlar Komitesi ve Venedik Komisyonunun konuya ilişkin çalışmaları dikkat çekicidir. Söz konusu çalışmalar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarını da etkilemektedir.

Anahtar Kelimeler: Siyasi Partiler, Finansman, Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Bakanlar Komitesi.

ABSTRACT

Financing of politics is in an important issue for democracy. In this context, the studies the Committee of Ministers' of the Council of Europe and the Venice Commission are noteworthy. The European Court of Human Rights decisions are also been effected by those studies.

Keywords: Political Parties, Finance, Venice Commission, European Council, the European Court of Human Rights, Committee of Ministers.

Giriş

Daniel Webster 1830'da demokrasiyi "halk tarafından, halk için ve halkın isteklerine cevap verebilen halk yönetimi" olarak tanımlamıştı¹. Demokrasi "yöneticilerin düzenli aralıklarla yönetilenler tarafından serbest seçimle belirlenmesi" olarak tanımlanmakta ve temel haklara saygı, yurttaşlık ve yöneticilerin temsilciliği ve bu üç kavramın karşılıklı bağımlılık ilişkisi ile ortaya konulmaktadır².

Yapılan tanım denemelerine rağmen demokrasinin üzerinde uzlaşmış tek bir formülü de yoktur. Ancak olmazsa olmazları ya da ölçütleri konusunda bir uzlaşma olduğu söylenebilir. Bunlar; "seçme hakkı, seçilme hakkı, siyasal liderlerin destek ve oy kazanmak için birbiriyle yarışma hakkı, özgür ve adil seçimler, örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğü, alternatif bilgi kaynaklarının varlığı, kamusal politikaları seç-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: suzelturk@superonline.com.

¹ A. Lijphart, **Demokrasi Motifleri**, Çev. G. Ayas, U.M. Bulsun, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006, s. 13. dn. 1. Her ne kadar bu ifade Başkan Linkoln'e mal edildiyse de Webster'in bu konuşmadan 33 yıl önce yaptığı tanım açıktır. Ibid.

² A. Touraine, **Demokrasi Nedir?**, Çev. O. Kunal, Y.K.Y, İstanbul 1997, s. 44 vd. Demokrasi tanımı için bkz. P. C. Schmitter-T.L.Karl, "Demokrasi Nedir? Ne Değildir", in **Demokrasinin Küresel Yükselişi**, Derleyen L. Diamond- M.F. Plattner, Yetkin yayınevi, Ankara, 1995, s. 68 vd.

menlerin oylarına ve tercihlerin ifade edildiği başka biçimlere bağımlı kılan kurumlar³ olarak sıralanabilir.

Siyasi partiler ise demokrasinin vazgeçilmez unsurları ve şüphesiz en önemli aktörleridir. Bu çerçevede siyasi partilere getirilen her sınır sonuç olarak demokratik rejimi de etkileyecektir. Ancak bu saptama siyasi parti özgürlüğünün sınırsız olduğu anlamına da gelmemektedir. Siyasi parti özgürlüğü de özgürlüklerin genel rejimi dikkate alınarak sınırlandırılabilir. Çalışmanın konusu da siyasi partilerin finansmanı bakımından sınırlandırılmasının Avrupa Konseyi bünyesinde ortaya konulmasıdır.

Bu çerçevede son yıllarda İngiltere, Almanya ve Japonya ve Fransa'nın da aralarında bulunduğu bazı gelişmiş demokrasilerde yaşanan sorunlar⁴ nedeniyle siyasi partilerin finansmanı⁵ konusunda oldukça önemli ulusal, uluslararası ve ulusal üstü belgelere rastlamak mümkündür.

Bu belgeler dikkate alındığında Türkiye'nin de başından beri taraf olduğu Avrupa Konseyi belgeleri ve bu organizasyon içinde özellikle siyasi partilerle ilgili çalışmalarıyla dikkat çeken Venedik Komisyonu çalışmaları önem taşımaktadır. Ancak bu sınırlı çalışmada sadece Avrupa Konseyi bünyesinde bu alanda yapılan çalışmalara değinilecektir.

A- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

Siyasetin finansmanı sorunu Avrupa Konseyi içinde çeşitli birimlerce dile getirilmiş ve düzenleme konusu yapılmıştır. Bu konuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2003 Yönerge(recommendation) si dikkat çekicidir⁶.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 8 Nisan 2003 de 835. Bakan Vekilleri toplantısında kabul ettiği Yönergede; öncelikle siyasi partilerin seçim kampanyalarının finansmanında tüm devletlerin "yozlaşma vaka" larını engellemek ve onunla mücadele etmek için bir standarda ihtiyaç olduğu ifade edilmekte ve yozlaşmanın hukuk devleti, demokrasi, insan hakları eşitlik ve ekonomik gelişmeyi engelleyerek, demokratik kurumların istikrarını tehlikeye atarak ve toplumun moral kuruluşunu hiçe sayarak sosyal adaleti tehdit ettiği konusunda ikna olduklarını vurgulamaktadırlar. Yönerge bu ifadelerle siyasetin finansmanındaki yozlaşmaların demokratik bir toplumun yapısında oluşturacağı travmaların satır başlarına göndermede bulunmaktadır.

Yönergede ayrıca Avrupa Konseyi bünyesinde bu alanda yapılan önceki temel çalışmalara da referans verilmektedir. Bunlar:

³ A. Lijphart, *Demokrasi Motifleri*, s. 56-57.

⁴ Siyasetin finansmanında yaşanan skandallardan belki de sonuncusu Fransa'da ortaya çıkmıştır. Başkan Sarkozy'nin 2007 seçim kampanyasının yasa dışı yollardan L'Oreal 'ın mirasçısı Liliane Bettencourt tarafından finanse edilmesi Fransa başkanını zor durumda bırakmıştır. *Hürriyet*, 15. 09. 2010, <http://www.hurriyet.com.tr/planet/15787605.asp?gid=286>

⁵ Demokrasilerde sadece siyasal partilerin finansmanı değil ama genel olarak yolsuzluk da önemli bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik demokrasi ve yolsuzluk sorununun yaşadığı demokrasiler sadece Üçüncü Dünya demokrasileri de değildir. L. Diamond- M.F. Plattner, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Yetkin yayınevi, Ankara, 1995, s. 19

⁶ Concil of Europe, Committee of Ministers Recommendation Rec(2003)4 of the Committee of Ministers to Member States on Common Rules Against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns, 8 Nisan 2003 835. Bakan vekilleri Toplantısı.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Avrupa 19. ve 21. Adalet Bakanları Konferansında kabul edilen Yönerge⁷.

Bakanlar Komitesi 1996 Yolsuzluğa Karşı Hareket Programı.

Strazburg 10-11 Ekim 1997 Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları İkinci Zirvesinde kabul edilen hareket planı ve Final Deklerasyon.

6 Kasım 1997 de Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen yolsuzluğa karşı mücadele prensiplerini belirleyen Karar(Resolution)⁸.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin 22 Mayıs 2001 de kabul ettiği Siyasi Partilerin Finansmanı konusunda Yönerge⁹.

28-30 Ekim 1998 de Madrid'de toplanan 3. Avrupa ticari etki ve Siyasi Partilerin Yasadışı Finansmanı konusunda Yozlaşma ile Mücadele Uzmanlar Hizmet Konferansı.

Yozlaşmaya Karşı Devletler Grubu (GRECO)¹⁰ nun (98)7 ve (99)5 Kararları.

Yönerge de siyasi partilerin finansmanında yozlaşmanın önlenmesi konusunda toplumun bilgilendirilmesinin demokratik kurumların iyi işlemesi için zorunlu olduğu da vurgulanmakta ve üye devletlere ulusal hukuk sistemlerinde Yönerge doğrultusunda düzenleme yapmaları önerilmektedir.

Yönergenin 1. Maddesi siyasi partilerin kamusal ve özel finansmanını düzenlemekte ve hem devletin hem de vatandaşların siyasi partileri desteklemeye hak ve yetki sahibi olduğu belirtilmektedir. Devletlerin siyasi partilere desteğinin parasal olabileceği ve bu desteğin objektif, adil ve makul kriterlerle dağıtımının yapılması gereği vurgulanmaktadır. Ancak madde çok önemli bir hususa da dikkat çekmektedir Bu da siyasi partilere yapılan devlet desteğinin siyasi partilerin bağımsızlığına müdahale etmemesidir. Bu noktada Alman Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin bağımsızlığı ile ilgili kararı hatırlanmalıdır.

Alman Anayasa Mahkemesi partilerin devletten bağımsızlığı ilkesinin yapılan yardımların kısmi olmasını zorunlu kıldığına ve devletçe partiye yapılacak yardımın kapsamının aynı gerekçeyle partinin başta üyeler olmak üzere kendi kaynaklarından sağlayacağı gelirden daha fazla olmamasına karar vermiştir¹¹.

2. madde bağıştan her türlü avantaj, ekonomik veya diğer tevcihlerin anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu noktada yardımların tek tek sayılmadığı ve her türlü ihsanın bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir.

3. maddede bağışlara ilişkin genel prensipler belirlenmiştir.

Devlet yardımlarına ilişkin olarak dört prensip belirlenmiştir. Bunlar ilk olarak, çıkar çatışmasının önlenmesi, yardımların şeffaflığını garanti etmek ve gizli yardımlardan kaçınmak; 3. olarak siyasi parti aktivitelerine zarar vermektan kaçınmak ve nihayet, siyasi partilerin bağımsızlığını garanti etmektir.

Devlet siyasi partilere yapılan yardımların özellikle de belirlenmiş tavanı aşan bağışlar bakımından kamuya açık olmasını sağlamalıdır. Siyasi partilere yapılan yar-

⁷ Valetta, 1994 ve Prague, 1997.

⁸ Resolution (97)24, Özellikle yolsuzluğu bitirmek için siyasi partilerin finansmanı ve seçim kampanyaları konusunda kural getiren 15. Madde.

⁹ Recommendation 1516(2001).

¹⁰ Groupe d'Etats Contre la Corruption/Group of States Against Corruption.

¹¹ Aktaran F. Sağlam, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta, İstanbul 1999, s. 49.

dımların değerinin sınırlanması ilişkin kuralların kabul edilmesi düşünülmeli ve oluşturulan tavanın dolanılmasını önlemek için tedbir alınmalıdır.

4. maddeye göre siyasi partilere yapılan bağışlar vergiden muaf olmalı, ancak buna bir sınır da getirilmelidir. Yönergenin 6. Maddesine göre siyasi partilere bağlı kuruluşlar da bu olanaktan yararlanabilirler.

5. madde tüzel kişilerin yardımlarını düzenlemektedir. Buna göre, Devletler öncelikle siyasi partilere bağışta bulunan tüzel kişilerin muhasebe defterlerine bağışların kaydedilmesini ve bu bağıştan ortakların ve diğer üyelerin de bilgilendirilmesini hükme bağlamaktadır. İkinci olarak, Devletlerin kamu idaresi için servis ve hizmet sağlayan tüzel kişilerin sınırlanması, yasaklanması veya katı şekilde düzenlenmesi için tedbir alınmalıdır ve nihayet, devletlerinin ya da bir kamu otoritelerinin kontrolü altındaki tüzel kişilerin siyasi partilere bağışta bulunması yasaklanmalıdır.

8. Maddeye göre siyasi partilerin finansmanına ilişkin hükümler adayların seçim kampanyaları ve seçilmiş temsilcilerin siyasi aktiviteleri için de uygulanmalıdır.

9. madde devletlerin siyasi partilerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere aşırı masraf etmelerine engel olacak seçim kampanyalarındaki harcamalara sınır getirilmesi gibi tedbirleri almalıdır. Hüküm, seçimlerde fırsat eşitliğinin sağlanması ve haksız rekabetin önlenmesi için önemlidir. 10 madde de bir önceki ile yakından bağlantılı olarak her bir partinin seçim kampanyaları, her bir partinin aday listeleri ve adaylar için doğrudan veya dolaylı harcamalar kayıt altına alınmalıdır.

11. madde şeffaflığı sağlamak üzere siyasi partilerin ve bağlı kuruluşların muhasebe tutmalarını zorunlu hale getirmeli ve bunlar birleştirilmelidir. 13. Maddeye göre, Bu hesapların düzenli ve en azından yıllık tutulması gerekmekte ve 14. Madde-deki bağımsız bir otoriteye sunulmalıdır. Ayrıca bu hesaplar en azından özet olarak kamuya sunulmalıdır.

12. maddeye göre devletler siyasi partilerin aldıkları bağışları bu bağışların nitelikleri ve değerlerini de içerecek şekilde ve yardımın belli bir değer üzerinde olması halinde bağışlayan kayıtlarda belirtmelidir.

14. maddeye göre, devletler seçim kampanyaları ve siyasi partilerin finansmanını izlemek üzere bağımsız bir otorite oluşturmalıdırlar. Bu otorite siyasi partilerin hesaplarının izlenmesi ve siyasi partilerin yayın ve takdimleri kadar seçim kampanyalarının giderlerini de içeren bir denetim yapmalıdır.

15. madde devletlerin siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının yasadışı finansmanı ile mücadele etmek üzere, yargı, polis ve diğer uzmanlaşmış personeli teşvik etmelidir.

Nihayet son hüküm yaptırımlara ilişkindir. Devletler siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının finansmanına ilişkin kuralların ihlal edilmesi halinde etkili, ölçülü ve caydırıcı yaptırımlar öngörmelidirler.

B- Venedik Komisyonu Çalışmaları

Demokrasinin temel kavramlarından biri şüphesiz seçimlerdir. Seçimlerin adil olması demokrasinin sağlıklı işleme açısından son derece önemlidir. Bu çerçevede seçim yarışının demokratik olarak gerçekleşmesi için siyasi partilerin nasıl finanse edileceğinin yanında yarışın adaleti ve silahların eşitliğini sağlamak üzere seçim harcamalarının da hukukla sınırlanması gerekmektedir. Siyasi partilerin seçim harcamalarının ya

da kampanya masraflarının sınırlanması bu alanda ulusal ve uluslararası hukukun dikkate aldığı konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Burada önemli bir konu olarak siyasi partilerin finansmanı devreye girmektedir. Bu konuda da Venedik Komisyonu önemli çalışmalar yapmış¹² ve bazı ülkeler için de görüş belirlemiştir¹³. Bu alanda üç konu kritik öneme sahiptir: Dış kaynaklı bağışların izlenmesi, siyasi partilerin seçimlerden yasaklanması ve kabul edilebilir yaptırımlar¹⁴.

a- Venedik Komisyonunun 2001 Siyasi Partilerin Finanse Edilmesi Konusunda Temel İlkeleri

Bu bağlamda Venedik Komisyonunun kabul ettiği¹⁵ Siyasi Partilerin Finanse Edilmesi Konusunda Rehber (temel ilkeler) ve Raporda bu alana ilişkin ilkeler üç alanda kendini göstermektedir.

Bu alanların ilki siyasi partilerin finansmanına odaklanmaktadır. İkincisi seçim harcamalarına ilişkin ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihayet üçüncüsü kontrol ve yaptırım mekanizmaları olarak kendisini göstermektedir.

Venedik Komisyonunun belirlediği ilkelere göre siyasi partiler hem kamusal, hem de özel finansman kaynaklarından yararlanabileceklerdir. Düzenli finansman başlığı ile ifade edilen bu kısımdaki temel ilkeler şu şekilde ifade edilebilir:

Kamusal Finansman: Düzenli finansmanın ilk versiyonu kamusal olandır. Burada kriter olarak "parlamentoda temsil edilen parti" ler için kamusal finansman hedefi belirlenmektedir. Ancak "fırsat eşitliği" esası çerçevesinde seçmen kitlesinin önemli bir bölümünü temsil eden veya seçime aday sunan siyasi partileri de kapsayacak şekilde kapsamın genişletilmesi tercih edilmeli ve finansmanın seviyesi objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Bu alanda vergi muafiyetinin sadece siyasi aktivitelerle sınırlı olması da bir başka kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamusal finansmana ilişkin olarak son husus parti hesaplarının belirli kamu organlarının kontrolüne tabi tutulması, yardımın periyodik olması ve kamu finansmanından yararlanan partiler için finansal şeffaflık politikasının güdülmesi önerisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel Finansman: Özel finansmana gelince; siyasi partilerin bağış alabileceği, ancak yabancı devlet ve işletmelerce yapılan bağışların yasaklanması gerektiği ve fakat bu yasaklamanın yurtdışında yaşayan vatandaşları kapsamaması gerektiği belir-

¹² Guidelines and Report on the Financing of Political Parties-Venice 9-10 March 2001-CDL-INF(2001)008. Guidelines, CDL-PP(2000)006, 6.12.2000, adopted by the Commission, at its 46th Plenary Meeting, (Venice, 9-10 March 2001. Daha önceki metinler ise şu şekildedir: CDL-PP(2000)001rev2, Report on the Financing of Political Parties, J. Robert. CDL-PP(2000)001rev, Report on the Financing of Political Parties, J. Robert. CDL-PP(2000)003, Financing of Political Parties, Proposals on Guidelines, P van Dijk. CDL-PP(2000)001, Report on the Financing of Political Parties, 15-17 June 2000, J. Robert.

¹³ CDL(2008)017, Draft Opinion on the Law on the Financing of Political Parties of Bosnia and Herzegovina, Adopted by the Venice Commission at its 74th Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008), on the basis of comments by Mr Hans-Heinrich VOGEL (Member, Sweden).

¹⁴ CDL(2008)017, Draft Opinion on the Law on the Financing of Political Parties of Bosnia and Herzegovina, Adopted by the Venice Commission at its 74th Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008), on the basis of comments by Mr Hans-Heinrich VOGEL (Member, Sweden), pg. 2.

¹⁵ Guidelines for Financing of Political Parties, Strasbourg 23 March 2001, CDL-INF(2001)8.

tılmaktadır. Bunlar dışında öngörülebilecek kısıtlamalar şu şekilde belirtilebilir: Her bir bağış için bir üst sınır belirlenmelidir. Endüstriyel veya ticari türde işletmeler ya da dini organizasyonlardan yapılacak bağışların yasaklanması, seçimlerde aday olmak isteyen üye bağışlarının seçimle ilgili konularda uzmanlaşmış kamu organlarının kontrolü gerekmektedir. Özel finansman için şeffaflık esastır. Bu hedefe ulaşmanın somut esasları da Venedik Komisyonu tarafından ortaya konulmaktadır. Bunlar: Her bir partinin bir önceki yılın üyelik aidatları haricindeki tüm bağışlarını içeren yıllık hesapları kamuya açıklanmalı, ayrıca yasa koyucu tarafından belirlenen tutarı aşan tüm bağışlar da kayıt edilmeli ve kamuya açıklanmalıdır.

Seçim Kampanyalarının Finansmanı: Seçim kampanyalarının finansmanı da önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre öncelikle fırsat eşitliğini garanti etmek için seçim kampanyası masraflarında ülkedeki duruma uygun ve ilgili seçmen sayısı oranına göre bir "TAVAN" belirlenecektir¹⁶. Devletin kampanya masraflarına katılması üst tavanın belli bir yüzdesine eşit olacak şekilde, ya da alınan oy oranına göre belirlenebilecektir. Bu katılım siyasi partilerin kamusal finansmanının aksine belli bir oy basamağına erişmeyen partilere yapılmayabilir. Kampanya masrafları için özel bağışlar kabul edilebilir. Burada da sınır belirtilen harcama tavanıdır. Yine siyasi partilerin özel finansmanında olduğu gibi yabancı devlet ve kuruluşlardan yapılan yardımlar yasaklanmalı, fakat yurt dışındaki vatandaşlar bunun istisnası olmadırlar. Ayrıca yine endüstriyel veya ticari türde işletmeler ya da dini organizasyonlardan yapılacak bağışlar yasaklanabilir. Seçim kampanyası hesaplarının seçim prosedürünü denetlemekle görevli organa seçimlerden sonra uygun bir zaman sınırı içinde teslim edilmesi öngörülmektedir. Nihayet seçim masraflarının şeffaflığı kampanya hesaplarının yayımlanmasıyla sağlanmalıdır.

Finansal yükümlülükler uymayanlara uygulanacak ceza ve yaptırımlara ilişkin esaslar ya da kabul edilebilir yaptırımların ne olduğu konusunda Venedik Komisyonunun Rehber'inde şu esaslar belirlenmiştir¹⁷:

Buna göre siyasi partinin finansmanındaki düzensizlikler yapılanın ağırlığına göre, izleyen yılın kamusal finansmanının tümü veya bir kısmının kaybına yol açabilecektir.

Seçim kampanyasının finansmanındaki partiye veya adaya yüklenen düzensizlikler yapılanın ağırlığına göre tamamen veya kısmen kamusal yardımın geri ödenmesi, para cezası veya başka bir finansal ceza ödenmesi ödenmesi veya seçimin iptali ile sonuçlanabilir.

Bu yaptırımların seçim yargıcı tarafından uygulanması gerekmektedir.

¹⁶ Seçim harcamalarının tavanı konusunda Türk hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bu konuda daha önce yapılan bazı çalışmalar da yok değildir. Örneğin 2002 seçimlerinden sonra bu yolda Adalet Bakanı (Cemil Çiçek) tarafından kapsamlı açıklamalar yapılmış, hatta "hesabını veremeyen partinin Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılabileceği de dahil bazı tedbirler öngörülmüştür, fakat parlamentoda rahat sayısal çoğunlukları bulunmasına rağmen yasa haline getirilmemiştir.

¹⁷ Guidelines, CDL-PP(2000)006, 6.12.2000, adopted by the Commission, at its 46th Plenary Meeting, (Venice, 9-10 March 2001).

b-2002 Seçimle İlgili Konularda İyi Uygulama Kodu, Temel İlkeler ve Açıklayıcı Rapor¹⁸

Kodun 2.3. maddesinde seçimlerle ilgili olarak "fırsat eşitliği" düzenlenmektedir. Kodda fırsat eşitliğine ilişkin hususlar beş paragrafta yer almaktadır. Öncelikle fırsat eşitliğinin hem siyasi partiler, hem de adaylar için benzer şekilde olduğu ve bu durumun devlet yetkilileri tarafından seçim kampanyalarında, devlet medyası öncelikli olmak üzere medyada yer almada, partilerin ve kampanyaların kamusal finansmanında doğal olarak uygun davranmayı da içermektedir.

Sözkonusu konuya bağlı olarak, eşitlik mutlak ve nisbi olabilir. Eğer mutlak ise, siyasi partilere parlamentodaki güçlerine veya seçmenin desteğine bakılmaksızın eşit olarak davranılır. Eğer nisbi ise, siyasi partilere seçimde gösterdikleri başarıya göre davranılacaktır. Fırsat eşitliği özellikle radyo ve televizyon propagandasına ayrılan süre, kamu finansmanı ve diğer şekillerdeki yardımlar için geçerlidir.

Üçüncü olarak seçimdeki tüm katılımcılar için ifade özgürlüğüne uygun olarak yasal düzenlemeler özel görsel ve işitsel iletişim araçlarına seçim kampanyaları ve reklamlar bakımından minimum giriş olanağını garanti etmelidir.

Siyasi partiler, adaylar ve seçim kampanyalarının finansmanı şeffaf olmalıdır.

Fırsat eşitliği prensibi¹⁹, bazı durumlarda siyasi partilerin harcamalarını özellikle de reklamlar bakımından sınırlama ile sonuçlanabilir.

Kodun 3. Maddesinde oy kullanma hakkı ile ilgili olarak devlet otoritelerinin seçmenin iradesinin şekillenme özgürlüğü bakımından tarafsızlığı; özellikle medya, ilan tahtaları, gösteri özgürlüğü ve partilerin ve adayların finansmanı açısından vurgulanmaktadır.

Kodun fırsat eşitliğine ilişkin olarak açıklayıcı raporunda yukarıda ifade edilenlerden farklı olarak bazı tür yardımlar için hem mutlak, hem de nisbi eşitlikten yararlanılabileceği belirtilmektedir. Ayrıca, burada temel fikrin temel siyasi güçlerin fikirlerini ülkenin medyasının temel organlarında duyurabilmeleri, tüm siyasi güçlerin toplantı yapmaya kamu yollarını da içerir şekilde, broşür dağıtma ve afiş asma hakkının kullanılmasına olanaklarının olması olduğu vurgulanmıştır. Tüm bu haklar açıkça düzenlenmeli ve ihlaller yaptırımla karşılanmalıdır. Seçimden önce çözüm için hızlı teryiz süreci de işaret edilenler arasındadır. Seçim kampanyaları veya adayla için tarafsız bilginin sunulması konusunda medyanın başarısızlığı en sık rastlanılan durumdur ve buradaki en önemli hususun adayların ve partilerin yeterince dengeli olarak reklam veya propaganda sürecinden devlet radyo ve televizyonu da dahil olmak üzere yararlanmalarını sağlamak olduğu ifade edilmektedir (pg.19).

Seçmenin iradesinin şekillenmesi özgürlüğü ile fırsat eşitliğinin örtüştüğünün belirtildiği açıklayıcı raporda devlet ve kamu otoritelerinin özellikle medyanın kulla-

¹⁸ Code of Good Practice In Electoral Matters Guidelines and Explanatory Report, CDL-AD(2002)23rev, Opinion no. 190/2002.

¹⁹ Siyasette fırsat eşitliğinin yaratılması için partilerin ve adayların gelir giderlerini denetlemek amacıyla yasal düzenlemeler yoluna gitmişlerdir. Bu amaçla¹⁹, siyasi partilere ve adaylara yapılan yardım ve bağışlar ile kampanya giderleri belli sınırlamalara tabi kılınmıştır. Bu çerçevede İsveç ve Danimarka 1966 ve 1967 de Almanya 1969, İtalya ve ABD 1974, Avusturya 1975, Portekiz 1976, Kanada 1977, Yunanistan 1984, Belçika ve İspanya 1985, Fransa 1988 de yasal düzenleme ile seçim gelir ve giderlerine yasal sınırlama getirmişlerdir.

nımı, afişler ve kamuya ait yollarda yürüyüş ve finansman bakımından tarafsızlığı görevine saygı göstermeleri gereği vurgulanmaktadır. (pg. 26).

Kodun Açıklayıcı Rapor unda seçim prosedürünün düzenlenmesinde siyasi partilerin ve kampanyaların finansmanına dikkat çekilmektedir. (II-3.5)

Öncelikle ilgili devletin siyasi ve ekonomik seviyesi ne olursa olsun şeffaflık zorunludur (pg.108)

Açıklayıcı rapora göre şeffaflık iki seviyede işlemektedir. İlki kampanyalarının finansmanına ilişkin olarak özel dikkatli bir defter tutma ile detayların ortaya konmasıdır. Kurallardan önemli sapmalar olduğunda veya yasal harcama sınırı aşıldığında seçim iptal edilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu sebeple partinin kapatılması değil, seçimin iptalidir. İkinci seviye seçilen temsilcilerin çalışma dönemi öncesi ve sonrası finansal statüsünü izlemektir. Finansal şeffaflıktan sorumlu komisyon seçilenlerin durumu hakkında karar vermek üzere finansal statüsüne ilişkin resmi notlar alır. İkincisi güvenlidir ancak kayıtlar eğer gerekliyse kamu savcısının ofisine yönlendirilmelidir (pg. 109).

Üniter bir devlette yerel otoriteler tarafından genel seçimlerle ilgili olarak yapılan harcamalar seçim komisyonu üyelerinin ödemeleri, seçim kağıtlarının basımı gibi normal olarak merkezi otorite tarafından karşılanmalıdır.

Siyasi partilerin veya kampanyaların kamusal finansmanında fırsat eşitliği prensibinin katı veya orantılı uygulanacağı hatırlanmalıdır. Parlamentoda temsil edilen tüm partiler kamusal finansmana hak kazanmalıdır. Ancak, tüm farklı siyasi güçlerin fırsat eşitliğini garanti etmek için kamu finansmanı geniş seçmen kitlesine hitap eden siyasi yapıları ve seçime giren adayları da kapsamalıdır. Siyasi partilerin kamusal finansmanı özel bir kamu otoritesi tarafından parti hesaplarının izlenmesini de içermelidir. Devletler kamu finansmanından yararlanan partiler açısından finansal açıklık politikasını özendirmelidir (pg. 111).

c- 2004 Siyasi Partilerin Düzenlenmesi Bazı Özel Konular (hakkında) Temel İlkeler²⁰

2004 Rehberinin B paragrafında siyasi partilerin kayıt olma zorunluluğuna ilişkin olarak bir siyasi partinin genel seçimlere katılma veya kamusal yardımdan yararlanmak için "kayıt olma zorunluluğu" nun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin sırf bu sebeple 10 ve 11. Maddelerin ihlali anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir.

d- Siyasi Partilerin Seçimlere Katılması Konusunda Tasarı Raporları 2004-2006 2004 Raporu: İspanyol üye Mr. Angel Sanchez-Navarro'nun hazırladığı rapor²¹ ve 2006 metninde Mr Navarro ile beraber Mr Hans Heinrich Vogel'in raportörlüğünü yaptığı rapor²² tasarısı siyasi partilerin finansmanına da önemli bir yer ayırmıştır.

²⁰ Guidelines and Explanatory Report on Legislation on Political Parties In Some Specific Issues, Venice, 12-13 March 2004, CDL-AD(2004)007rev study no.247/2004.

²¹ Draft Report on The Participation of Political Parties in Elections, by Mr. Angel Sanchez-Navarro, Strasbourg 3 June 2005, CDL-EL(2005)018.

²² Draft Report on The Participation of Political Parties in Elections, on the basis of Comments by Mr. Angel Sanchez-Navarro, - Mr. Hans-Heinrich Vogel, Strasbourg 7 March 2006, CDL-EL (2006)016rev. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Raporun seçim kampanyalarında ortaya çıkan sorunlar başlıklı B kısmında iki ana başlık bulunmaktadır. İlki, eşitlik prensibi de dahil, finansal sorunlar ve kamu kaynaklarının kullanımı, diğeri ise kamusal ve özel medyaya giriş konularına ilişkindir.

Raporda siyasi partilerin düzenli finansmanlarının demokratik rejim için önemi-ne dikkat çekilmekle beraber, seçimin finansmanına ayrı bir vurgu yapılmaktadır. Demokratik rejimin meşru biçimde akması için ana akımlardan biri olarak seçim prosedürü işaret edilmektedir. Bu anlamda kampanya masrafları sistemin anayasal çerçevede işlenmesi için gerekli harcamalar olarak görülmektedir.

Parti çalışmalarına katkı sağladığı ölçüde parti aktiviteleri finanse edilmeli ve eşit biçimde finanse edilmelidir. Ancak burada tüm siyasi partilerin kamu kaynaklarından toplumun ona sağladığı güç dikkate alınmadan yararlandığı bir eşitliğin anlaşılması gerektiği belirtilerek İyi Uygulama Koduna referans yapılmaktadır. Buna göre eşitlik mutlak veya nisbi olabilecektir. Eğer mutlak ise, siyasi partilere parlamentodaki güçlerine veya seçmenin desteğine bakılmaksızın eşit olarak davranılacak, eğer nisbi ise, siyasi partilere seçimde gösterdikleri başarıya göre davranılacaktır. Ancak, raporda bazı siyasi partilerin toplum için önemli olmalarına rağmen parlamento dışında kalabilecekleri ve bu durumda finansal destekten yoksun kalmalarının onları yok edeceği gerçeği de dikkate alınmakta ve toplumsal çoğulculuğu korumak adına seçimlerin finansmanının bu düzenli finansmandan daha önemli olduğu belirtilmektedir. 2001 tarihli siyasi partilerin Finansmanı Rehberinde de partilerin düzenli finansmanı ile seçim kampanyalarının finansmanının ayrıldığı hatırlatılmaktadır. Ancak raporda bu ayırımın siyasi partilerin düzenli ve sürekli yardım alması halinde pratik öneminin sınırlı olacağı da vurgulanmaktadır.

Seçim kampanyalarının kamusal finansmanında kaynağın partinin meşru seçim harcamaları için kullanılacağı ve eğer ödeneğin kullanılmasında ayrıca bir koşul getiriliyorsa açıkça belirtilmesi gereği işaret edilmektedir.

Parti veya adaylar için özel bağışlar sözkonusu ise, bağışın kullanımı için bağışlayan tarafından getirilen talep ve şartlarla baş etmek için rehber oluşturulmalıdır.

Nihayet siyasi partilerin vergiye ilişkin durumları da düzenlenmelidir.

e- Siyasi partilerin yabancı kaynaklarca finanse edilmesine ilişkin Görüş- 2006²³
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Fransa'ya karşı Partinationaliste Basque-Organisation Regionale D'iparralde kararı²⁴ İHAM ın gündemine geldiğinde 13 aralık 2005 de İnsan hakları Avrupa Mahkemesi Venedik Komisyonundan siyasi partilerin yabancı kaynaklarca finanse edilmesi konusunda görüş sormuş ve bunun üzerine komisyon da Kęstutis LAPINSKAS ve Hans-Heinrich VOGEL'den rapor hazırlamalarını rica etmiştir. Venedik Komisyonu siyasi partilerin yabancı kaynaklarca finansmanı konusunda bir görüş ihtiyacı duymuştur²⁵. Yapılan araştırma Avrupa Konseyi ülkele-

²³ Prohibition of financial Contributions to Political Parties From Foreign Sources-17-18 March 2006.

²⁴ Case of Partinationaliste Basque-Organisation Regionale D'iparralde v. France, App no: 71251/01, 7.9.2007, Final.

²⁵ Opinion on the Prohibition of Financial Contributions to Political Parties from Foreign Sources Adopted by the Venice Commission at its 66th Plenary Session (Venice, 17-18 March 2006) On the basis

rinden 28 inin yabancı kaynaklardan siyasi partinin finansmanını ya tamamen yasakladığı veya sınırladığını 16 tanesinin ise bu konuda düzenleme yapmadığını göstermektedir.

Rapora göre her ülkenin siyasi partilere yapılan yabancı yardımlara ilişkin durumu kendi içerisinde bazı faktörler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu faktörler ülkenin siyasi sistemi, komşuluk ilişkileri, anayasası ve anayasal değerleri olarak sayılabilir.

Bir siyasi partinin yabancı kaynaktan finanse edilmesi hangi durumda demokratik bir toplumda yasaklanması gerekli bir durumdur?

Rapor İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına da referans vererek 11. Maddenin örgütlenme özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların ancak, ikna edici ve zorlayıcı sebeplerle haklı olabileceğini ve devletlerin demokratik toplumda zorunluluk konusundaki takdir marjlarının sınırlı olduğunu ve Avrupa denetimi ile el ele gittiğini hatırlatmaktadır.

Rapor Avrupa Konseyine üye devletlerde dört sebeple siyasi partilerin yabancı kaynaklardan finansmanının yasaklandığını tesbit etmektedir: Bunlar; İki Dünya savaşı arasında ekstremist partilere ilişkin tecrübeler, ikincisi soğuk savaş dönemindeki benzer tecrübeler, üçüncüsü, ayrılıkçı hareketlerin varlığı veya korkusu, ve nihayet dördüncüsü siyasi partilerin kamusal finansmanının ilerlemesi ve sağlanan fonları ülke içinde tutma arzusudur.

Rapor sonuç olarak, hangi durumlarda siyasi partinin yabancı kaynaklardan finansmanının yasaklanmasının demokratik bir toplumda zorunlu olduğunun tek bir cevabı olmadığı noktasına varmaktadır. Ancak hangi durumlarda yasaklamanın demokratik bir toplumda gerekli olduğunun örneklerini de vermektedir. Buna göre eğer yabancı kaynaklardan alınan yardım ülke anayasası ve ya hukuku ile uygun olmayan amaçlar için kullanılıyorsa(örneğin, ayrımcılık veya insan hakları ihlali gibi); siyasi rekabetin adaleti ve bütünlüğünü baltalıyor veya bozulmasına yol açarak seçim sürecine veya ulusal toprak bütünlüğüne tehdit oluşturuyorsa, devletin uluslararası yükümlülüğünün bir parçası ise, demokratik gelişmeyi engelliyorsa, yasaklama somut durumda haklı görülebilecektir. Rapora göre her somut durum kendi koşullarında değerlendirilmelidir.

Bu çerçevede İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Fransa'ya karşı Partinationaliste Basque-Organisation Regionale D'iparralde kararında Venedik komisyonunun sözkonusu Görüş'ü de dikkate alınarak karar verilmiştir²⁶. Kararda sözkonusu parti İspanya'dan yardım almakta ve bu yardım olmadan faaliyetini sürdüremeyeceğini ifade etmektedir. Fransız sisteminde Türk hukukunda olduğu gibi siyasi partilerin yabancı bağış almaları yasaktır.

Mahkeme kararında, Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen "Siyasi Partilerin Finansmanı Hakkında Rehber"de siyasi partilerin yabancı ülkelere finansal yardım almasının sınırlanabileceğinden hareketle milli egemenliği koruma adına siyasi

of comments by Mr Keštutis LAPINSKAS (Member, Lithuania) Mr Hans-Heinrich VOGEL (Member, Sweden).

²⁶Case of Partinationaliste Basque-Organisation Regionale D'iparralde v. France, App no: 71251/01, 7.9.2007, Final.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

partilerin yabancı devletlerden yardım almasının yasaklanmasını kabul etmekte zorlanmadığını belirtmektedir. Ancak Mahkemenin zorlandığı nokta, yabancı siyasi partinin yardımının yasaklanmasıdır. Çünkü sadece bu faktör ile devlet egemenliğinin zayıflatıldığını anlamakta güçlük çekmektedir. Mahkeme kararda, siyasi partilerin yabancı yardımların kaynağına karar verme serbestisinin olduğuna karar vermiş ve bu kararını desteklemek üzere Venedik Komisyonunun görüşlerini ve Avrupa Konseyi bakanlar Komitesinin 2003 Yönergesinin 7. maddesini (Recommendation Rec(2003)4 8 Nisan 2003-) kullanmıştır (pg 48). Sonuç olarak Mahkeme siyasi partinin yabancı bir siyasi partiden aldığı yardımın yasaklanmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır²⁷.

Kararda, finansal destekten yoksun kalan parti için bu müdahalenin orantılılığı da tartışılmıştır. Mahkeme "tüm siyasi partinin kapatılması ve liderlerinin siyasi faaliyetlerine devam etmesinin belli bir dönem yasaklanması gibi "ağır" tedbirlerin sadece çok ciddi durumlarda alınması gereği işaret edilirken, daha hafif tedbirlerin geniş kabul görebileceği de belirtilmektedir (pg 49). Mahkeme partinin başka kaynaklardan da finanse edilebileceğini örneklemekte ve bu güçlüğü küçük siyasi partilerin finansal zorluklarına benzetmekte ve sonuç olarak sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermektedir (pg. 51).

SONUÇ olarak siyasi partilerin finansmanı bir demokrasi sorudur. Siyasi partilerin özgürlüğü yanında fırsat eşitliği de büyük önem taşımaktadır. Fırsat eşitliğinin sağlanmasında siyasi partilerin finansmanında kamusal ve özel finansmana ve seçim kampanyalarının tavanına ve de yabancı yardımların yasaklanmasına, hatta yolsuzluğun önlenmesine uzanan bir alan karşımıza çıkmakta ve Avrupa Konseyi konu kapsamında önemli malzemeler üretmektedir.

Avrupa Konseyi mekanizmalarından biri olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmenin 10 ve 11. Maddelerinden ve 1. Protokolün 3. Maddesinden hareketle siyasi parti özgürlüğünü hem ifade özgürlüğü, hem örgütlenme özgürlüğü ve hem de serbest seçim hakkından hareketle korumaktadır.

Çalışmanın başında da ifade edildiği gibi siyasi parti özgürlüğü sınırsız değildir. Ancak, çoğulculuk ve demokrasi adına siyasi partilerin oynadığı rolün göz ardı edilmesi mümkün olmadığı gibi, ancak zorlayıcı ve ikna edici sebeplerle, demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde ve yasa ile sınırlamanın yapılması gerektiği de açıktır.

KAYNAKÇA

A. Lijphart, **Demokrasi Motifleri**, Çev. G. Ayas, U.M. Bulsun, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006.

L. Diamond-M.F. Plattner, **Demokrasinin Küresel Yükselişi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1995.

F. Sağlam, **Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları**, Beta, İstanbul 1999.

²⁷ Kararda ayrıca alınan yardımın bir başka AB ülkesinden gelmesi de tartışılmış, fakat Mahkemenin üye devlet kurallarının AB ye uyup uymadığını tespit etmeme durumu yanında Fransa'nın da tercihini bu yönde kullanmadığına işaret etmektedir (pg. 48).

P.C. Schmitter-T.L. Karl, “Demokrasi Nedir? Ne Değildir”, in **Demokrasinin Küresel Yükselişi**, Derleyen L. Diamond- M.F. Plattner, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1995.

A. Touraine, **Demokrasi Nedir?**, Çev. O. Kunal, Y.K.Y, İstanbul 1997.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN AKDİ ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN (TBK m.237/III, 238, 239 ve 240-242) DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF THE PROVISIONS OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NUMBERED 6098 RELATED TO CONTRACTUAL RIGHT OF PRE-EMPTION (TCO 237/III, 238, 239 and 240-242))

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ*

ÖZET

Bu çalışmanın amacı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun akdi önalım hakkına ilişkin hükümlerinin (şekil, süre, şerh, önalım olayı, devir ve miras yoluyla intikal, şartlar, kullanım ve kayıp) incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, akdi önalım hakkı.

ABSTRACT

The aim of the present study is to examine the provisions of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 related to contractual right of pre-emption (form, duration, entrie, pre-emption event, inheritance and assignment, conditions, exsercise and forfeiture).

Keywords: *The Turkish Code of Obligations numbered 6098, right of pre-emption.*

I.GENEL OLARAK

Akdi önalım hakkı, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 237, 238 ve 239. maddelerinde yine bir kurucu yenilik doğuran hak olan alım ve geri alım hakları ile birlikte; 240 ve 242 maddeler arasında münhasıran akdi önalım hakkına ilişkin getirilen hükümlerle yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemelerin temelinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 04.11.1991 tarihinde kabul edilen ve 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe girmiş hükümleri (İBK m.216, 216a-216e) yer almaktadır¹. Ancak İsviçre Kanun Koyucu 1991 revizyonu sırasında İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK) düzenlenen yasal önalım hakkını ve İBK'da düzenlenen akdi önalım hakkını bir arada ele alarak ve aralarında akdi önalım hakkına yönelik atf köprüleri kurarak yeniden düzenlerken; Türk Kanun Koyucusu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) yasal önalım hakkını düzenlemiş (TMK m.732-734), 735.maddede ise 818 sayılı Borçlar Kanununda bir değişiklik yapılmaksızın yasal önalım hakkı hükümlerine (TMK m.732-734) yönelik yapılan

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: malpergumus@hotmail.com

¹ Söz konusu hükümlerin ayrıntılı değerlendirmesi için: HELVACI, s.397 vd.

atıfla akdi önalım hakkını düzenlemiştir. Sonrasında Kanun Koyucu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek TBK'nın akdi önalım hakkına ilişkin yukarıda belirttiğimiz yeni hükümlerini kabul etmiştir. TBK m.237 vd. hükümleri ile TBK m.735 arasındaki ilişki de ilerideki sayfalarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

II.ÖNALIM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Akdi önalım hakkı taşınmaz maliki ile kendisi ile önalım hakkı tanınacak kişi arasında akdedilecek önalım sözleşmesi ile doğar. TBK m.237/III, eBK m.238'e paralel olarak kaleme alınan "Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır" hükmü ile önalım hakkı doğuran önalım sözleşmesinin geçerliliğini, adi yazılı şekilde yapılmasına bağlamıştır. Kanun Koyucunun alım ve geri alım haklarından farklı olarak önalım sözleşmesinde sadece adi yazılı şekille yetinmesinin sebebi uygulamada önalım sözleşmesinin –geçerlilikleri için şekil zorunluluğu öngörülmeden- kira veya hasılat (ürün) kirası sözleşmeleri ile beraber akdedilmesi oluşturmaktadır². Ancak İsviçre Kanun Koyucusu 1991 revizyonu ile yeniden yapılandırılarak kaleme alınan İBK m.216, III. fıkrasında "Satış bedelinin önceden belirlenmediği önalım sözleşmeleri yazılı şekilde dahi geçerlidir" hükmü ile önalım sözleşmesinin kullanılmasıyla meydana gelecek satım ilişkisindeki satış bedelinin önceden saptanmadığı (adi, limitsiz) önalım sözleşmeleri için adi yazılı şekli yeterli görürken; II. fıkrasındaki "Ön sözleşmeler, bir taşınmaz üzerinde önalım, alım, geri alım hakkı kuran sözleşmeler, geçerlilikleri için resmi şekli gerekli kılar" hükmü ile önalım sözleşmesinin kullanılmasıyla meydana gelecek satım ilişkisindeki satış bedelinin önceden saptandığı (nitelikli, limitli) önalım sözleşmesinin ancak resmi şekilde akdedildiği takdirde geçerli olacağını kabul etmiştir. İsviçre Kanun Koyucusunun amacı satış bedelini önceden önalım hakkı sahibi ile birlikte saptayan taşınmaz malikinin sonradan önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması ile birlikte taşınmazın mülkiyetini taşınmazın ekonomik değişikliklere bağlı olarak yükselen (rayiç) değerinin çok altında kalan bir bedelle devir borcu altına girme tehlikesi üzerinde düşünmesini sağlamaktır³. Bu nedenle Türk Kanun Koyucusu'nun nitelikli önalım hakkı için dahi adi yazılı şekli yeterli gören seçimi isabetli olmamıştır. Bu noktada TBK m.237/III, Noterlik Kanunu m.89 karşısında özel hüküm konumundadır. Ancak Tapu Sicili Tüzüğü m.55/c, sözleşmeden doğan önalım hakkının şerhine yönelik olarak geçerliliği için adi yazılı şekilde akdedilmesi yeterli önalım sözleşmesinin "ispat şekli" olarak "noterlerce düzenlenmiş sözleşme" (resmi şekil) aramaktadır Dolayısıyla Türk Hukukunda önalım hakkının şerh edilebilmesi için önalım sözleşmesi bakımından geçerlilik şeklinden daha ağır bir şekil şartının sağlanması zorunludur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta TST m.55/c'nin resmi şekli sadece önalım sözleşmesinin ispatı için aradığıdır. Bunun sonucu ise önalım hakkının şerhi için gerekli şerh anlaşmasının geçerliliği ve tapu memuru önünde ispatı bakımından, "şerh anlaşmasının şekli şerh edilecek kişisel hakkı doğuran hukuksal işlemin şeklidir" kuralı gereği (geçerlilik şekli olan) adi yazılı şekil yeterli olacaktır⁴.

² HESS, Art.216 N.15, s.1179.

³ Bkz. HELVACI, s.402.

⁴ Bkz. ve karşı. BURCUOĞLU, s.286.

III. ÖNALIM HAKKININ ve ŞERHİNİN SÜRESİ

“Süresi ve şerhi” kenar başlığını taşıyan TBK m.238’e göre ” Önalım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline⁵ şerh edilebilir”. Böylece Kanun Koyucu, açıkça önalım hakkının süresi ile önalım hakkının şerhinin süresini birbirinden ayırmış olmakta; önalım hakkının süresini en çok on yıl olarak belirlerken, şerh edilmiş önalım hakkının süresi bakımından kanunlarda belirtilen sürelerle atıfta bulunulmakla yetinmektedir. TBK m.735/II ise “Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer” hükmü ile şerhin süresini on yıl olarak belirlemiştir. Oysa İBK m.216a, “Önalım ve geri alım hakkı en fazla 25 yıl için, alım hakkı ise en çok on yıl için kararlaştırılabilir ve tapu kütüğüne şerhe edilebilir” hükmü ile, önalım hakkının süresi ile şerhin süresini birbirine (25 yıl üzerinden) eşitlemişti. Türk Kanun Koyucusu bu sonucu tercih etmemişse de, son tahlilde –başlangıç süreleri farklı olmakla birlikte– önalım hakkının süresi ile şerh edilmiş önalım hakkının şerh süresini farklı hükümler üzerinden “on yıl üzerinde” eşitlemiştir. TBK m.238’in lafzındaki “en çok” ve TBK m.735/II’nin lafzındaki “her durumda” vurgusu sanki TBK ve TMK Kanun Koyucusu’nun önalım hakkının süresini ve önalım hakkının şerhinin süresinin tarafların anlaşması ile uzatılma imkanını ortadan kaldırdığına yönelik olsa da, kanımızca her iki sürenin sona ermeden önce tarafların anlaşması ile uzatılabilmesi her zaman için mümkündür⁶.

IV. ÖNALIM HAKKININ MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ ve TEMLİKİ (DEVİRİ)

TBK m.239, “II. Devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi” kenar başlığı altında akdi önalım hakkının temlikini ve miras yoluyla geçişini (intikalini) şu şekilde düzenlemiştir: “Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer (f.1). Bu hakların devredilebileceği özleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz (f.2)”. Bu sonuç İBK m.216b’de de şu şekilde ifade edilmiştir: “Aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmesel önalım hakkı, alım hakkı, geri alım hakkı miras yoluyla intikal eder ama temlik edilemez (f.1) Temlik sözleşmeye göre caiz ise, kurulması için gerekli olanla aynı şekli gerektirir”.

Kanun kural olarak önalım hakkının miras yoluyla intikalini kabul etse bile, bu kural emredici olmayıp, taraflar aksini kararlaştırıp, önalım hakkını miras yoluyla intikal bakımından kişiyle kaim kılabilirler⁷.

Buna karşılık önalım hakkının önalım hakkı sahibince sağlığında devri kural olarak yasaklanmıyorsa da, TBK m.239’un emredici nitelik taşımadığını vurgulayan açık

⁵ Hükümdeki “tapu sicili” ifadesi, TMK m.947/II kapsamındaki ana sicillerden olan tapu kütüğü veya kat mülkiyeti kütüğü olarak anlaşılmalıdır.

⁶ İsviçre Hukukunda İBK m.216a hükmü yürürlüğe girmeden önceki dönemde İBK m.681/II ve 683/II hükümlerinden hareketle, tarafların söz konusu maddelerde öngörülen on yıllık şerh süresini anlaşarak uzatabilecekleri öğretisi ve yargı kararlarında kabul edilmekteydi (bkz. HESS, Art.216a N.1, s.1180). Yazar uzatma imkanını İBK m.216a’nın yürürlük döneminde de kabul etmektedir (HESS, Art.216a N.7, s.1181) Bkz. BGE 102 II 246 vd.

⁷ HESS, Art.216b N.2, s.1182; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216b N.1, s.195.

lafzı gereği, taraflar sözleşme ile önalım hakkının devredilebilirliğini kararlaştırabilirler. Kanun Koyucunun devredilebilirliği kural olarak yasaklamasının sebebi, taşınmaz malikini önalım hakkını devralabilecek kişinin ekonomik durumunun bozuk olması ihtimaline dayalı ortaya çıkabilecek rizikoyu taşımaktan kurtarmaktır⁸. TBK m.239/II, sözleşme ile önalım hakkının temlikinin (devrinin) mümkün olduğunun kararlaştırıldığı durumda, devir sözleşmesinin geçerliliğini, devri amaçlanan önalım hakkının kurulması için akdedilen önalım sözleşmesinin şeklinde yapılmasına bağlamış olup, (TBK m.237/III bağlamında) adi yazılı şekilde bir anlaşma yeterli olacaktır. Böylece İsviçre Kanun Koyucusu, 1991 yılı revizyonu öncesi İsviçre Federal Mahkemesi'nin kabul ettiği çözümü⁹ İBK m.216b/II ile yasa hükmü haline getirmiş; oradan da Türk Hukukuna geçmiştir. Aslında İsviçre Kanun Koyucusunun bir önalım hakkının devrini olanaklı kılmaya yönelik sözleşmenin, devri amaçlanan önalım hakkının tanınması için akdedilen önalım sözleşmesinin şeklinde akdedilmesini aramasının bir anlamı vardır. Zira yukarıda gördüğümüz gibi, İsviçre Hukukunda adi önalım hakkını kuran önalım sözleşmesi için adi yazılı şekil yeterli iken nitelikli önalım hakkını tesis eden önalım sözleşmesinin resmi şekilde akdedilmesi gerekir. Oysa Türk Hukukunda zaten bir ayırım yapılmaksızın adi önalım hakkı için de nitelikli önalım hakkı için de akdedilecek önalım sözleşmesi için “adi yazılı şekil” yeterli görülmüştür. Sonuçta Kanun Koyucu'nun TBK m.239'da “Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılacaksa, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz” demesi yeterli olacaktır.

TBK m.239 “önalım hakkının devrinden (temlikinden)” bahsetmekte olup, öğretilerdeki bir görüşe¹⁰ burada TBK m.183 vd. anlamında alacağın devri (temliki) veya alacağın temliki benzeri benzeri bir durum söz konusudur ve sadece önalım hakkının devri gerçekleşir. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre¹¹ önalım hakkının devri (temliki) temelde bir sözleşme devri oluşturmaktadır. Zira devir sözleşmesi ile devralan salt bağımsız önalım hakkını değil, önalım sözleşmesinden doğan bütün yükümlülükleri de devralmaktadır. Burada önemli olan nokta TBK m.239'un sözleşme devri için gerekli üç taraflı anlaşma şartını ortadan kaldırmadığıdır. Ön alım hakkı tanıyan taşınmaz malikinin önalım hakkının devredilebilirliğini kabulüne yönelik imzaladığı adi yazılı şekildeki anlaşmadaki iradesi; aynı zamanda ilk ve izleyecek olan sonraki devreden ve devralan arasındaki önalım devrine yönelik anlaşmalar için önceden verilmiş (öncelenmiş) rıza anlamına gelmektedir¹². Taşınmaz maliki ve önalım hakkı sahibi arasındaki önalım hakkının devredilebileceği yönündeki anlaşmanın “sözleşmeye (önalım sözleşmesine) bağlı borç ilişkisi” niteliği gereği; önalım hakkı sahi-

⁸ Bkz.HELVAÇI, s.404.

⁹ BGE 111 II 143.

¹⁰ HESS, Art.216b N.1, s.1182 ve GIGER, Art.216b N.12, s.288'deki yazarlar.

¹¹ REY, s.42; GIGER, Art.216b N.14-15, s.288-289; ATESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216b N.3, s.196;BINDER, Art.216b N.3, s.1748; BRÜCKNER, N.61, s.526.

¹² BINDER, Art.216b N.3, s.1748. Buna karşılık öğretilerde gerekli olan üçüncü irade beyanının sahibi olarak taşınmaz malikinin rızasının “ayrıca” verilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu görüşte olan GIGER'e göre (Art.216b N.20, s.291) taşınmaz maliki rızasını öncesinden izin veya sonrasında icazet olarak verebilir. Aynı şekilde REY (s.45), rızanın önceden veya sonrasında verilebileceğini vurgular. BRÜCKNER (N.61, s.526) ise burada iki taraflı bir sözleşme devrinin varlığını kabul etmektedir.

binden önalım hakkını (daha doğrusu önalım sözleşmesini) devralan kişi, sonradan ayrıca taşınmaz malikinden yeniden devre rıza göstermesini talep etmeksizin, önalım sözleşmesini üçüncü bir kişiye devredebilir.

Burada önemli olan ikinci nokta Kanun Koyucu'nun TTK m.239/II'de sadece önalım hakkının devrini mümkün kılan anlaşmayı akdedilen önalım sözleşmesinin şekline tabi kıldığı; buna karşılık miras yoluyla intikalini sınırlandıran veya yasaklayan taraflar arası anlaşmaların geçerliliği bakımından bir şekil zorunluluğu getirmediğidir¹³. Öğretide bazı yazarlarca TBK m.239/II hükmünün şekil kuralının önalım hakkının mirasçılara intikalini yasaklayan anlaşmaları da kapsadığı kabul edilmektedir¹⁴. Söz konusu temlik edilebilir kılma veya yasaklama anlaşmalarının önalım sözleşmesi akdedilirken veya akdedildikten sonra imzalanması mümkündür.

Bu noktada önalım hakkının, daha doğrusu önalım sözleşmesinin devri için yapılacak olan sözleşme de, geçerliliği bakımından, aynı şekilde önalım sözleşmesinin şekline, yani adi yazılı şekle tabidir. İsviçre öğretisi¹⁵ devir sözleşmesinin şeklini belirlerken de TBK m.239/II'nin mehzazı olan İBK m.216b/II hükmüne atıfta bulunmaktadır. Ancak aksine bir anlaşma mevcut olmadığı için miras yoluyla intikali sağlamak üzere önalım hakkı üzerinde vasiyetname veya miras sözleşmesi ile ölüme bağlı olarak tasarrufla bulunuluyorsa, ölüme bağlı tasarrufların şekli bakımından TBK m.239/II değil, TMK m.531 vd. uygulama bulur¹⁶. Aynı şekilde bir miras taksim sözleşmesi ile bir önalım hakkı mirasçılardan birisine bırakılıyorsa, TMK m.676/III'e göre, -yoksa TBK m.239'a göre değil -adi yazılı şekil yeterli olur¹⁷.

V.ÖNALIM OLAYI

TBK m. 240, "İleri sürülmesi" kenar başlığı altında taşınmazlar üzerindeki önalım hakkının kullanılmasını mümkün kılan önalım olayının ne olduğunu¹⁸, I.fikrasındaki "Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir" içeriğindeki hükmü ile belirlemiştir. Buna karşılık mehzaz İBK m.216c/I hükmü, "Önalım hakkı, taşınmaz satıldığında, hem de ekonomik olarak satışla eşit olan (eşdeğerde) diğer her işlemde ileri sürülebilir (önalım olayı)" şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere her iki hüküm arasında anlamsal bir farklılık bulunmamaktadır. TBK m.240, II. fıkrası ise, "önalım olayı oluşturmamanı durumları, sınırlı sayı ilkesine bağlı olmaksızın benzerlerini de kapsayacak şekilde örnek olarak saymaktadır¹⁹: "Taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebrî artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz". Aynı sonuç mehzaz İBK m.216c'de, "Bilhassa miras paylaşımında bir mirasçıya özgü-

¹³ BINDER, Art.216b N.1, s.1748; GIGER, Art.216b N.19, s.290.

¹⁴ HESS, Art.216b N.4, s.1182.

¹⁵ BINDER, Art.216b N.1, s.1748; GIGER, Art.216b N.19, s.290.

¹⁶ ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216b N.2, s.196.

¹⁷ HESS, Art.216b N.5, s.1182; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216b N.3, s.196; BINDER, Art.216b N.4, s.1748.

¹⁸ TBK m.240, temelde taşınmazlar üzerindeki önalım hakkı için kaleme alınmış olsa da, taşınır eşya üzerindeki önalım hakları bakımından da kıyasen uygulanabilir (HESS, Art.216c N.14, s.1185).

¹⁹ HESS, Art.216c N.2, s.1183.

leme, cebri artırma ile satış ve kamusal görevlerin ifasındaki iktisaplar, önalım olayı oluşturmaz” şeklinde ifade edilmiştir.

Kanun Koyucu, önalım olayı olarak ilk planda satım sözleşmesinin akdedilmesini belirlemiştir ve bu noktada bir problem bulunmamaktadır. Buna karşılık Kanun Koyucu bir yenilik olarak, satım sözleşmesi ile eşdeğer ekonomik sonuç doğuran hukuki işlemleri de “önalım olayı” olarak belirlemiştir. Hüküm bu haliyle “önalım hakkı sahibi yanında bir tavır alış sergiler²⁰. Bu noktada hangi hukuksal işlemlerin satım ile eşdeğer hukuksal sonuç doğuracağına a priori genel bir cevap verilemez, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmalıdır²¹.

Öğretide bir görüşe göre, TBK m.240 anlamında önalım olayı oluşturan işlemler her zaman için taşınmazın (ivaz karşılığı) mülkiyetinin devrini amaçlayan hukuksal işlemlerdir. Bu nedenle önalım hakkı veya intifa hakkı tanıma, satım ile eşdeğer hukuksal sonuç doğuran bir hukuki işlem olarak dahi bir önalım olayı oluşturmaz²². Ancak Federal Mahkeme²³ istisnaen, bir taşınmaz üzerinde önalım hakkının kullanılmasını engellemek kastıyla bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis edildiği bir olayda önalım hakkının gerçekleşmediği iddiasını dürüstlük kuralına (TMK m.2) aykırı görerek reddetmişti. Bugün için İsviçre Hukukunda ağırlıklı görüş, “hukukun ekonomik analizinden” destek alarak eşya hukuku anlamında mülkiyet devri olmaksızın gerçekleşen ekonomik el değiştirmelerin de, önalım olayı oluşturacağını kabul etmektedir²⁴. Buna göre bir taşınmazın bir aynı hakla (örneğin bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, intifa hakkı ile) yüklenmesi veya taşınmaz leasingi gibi bir kişisel hak tesisi halleri dahi, somut olayın özelliklerine göre önalım olayı oluşturabilecektir²⁵.

Bu çerçevede İsviçre ve Türk Hukukunda savunulan ve TBK Kanun Koyucusu'nun TBK m.240'ın gerekçesinde de benimsediği görüşe göre, anonim ortaklık olarak kurulabilen bir gayrimenkul yatırım ortaklığının (GYO'nun) portföyünde üçüncü bir kişinin önalım hakkına sahip olduğu bir taşınmaz mevcutsa, söz konusu GYO'nun bütün paylarının üçüncü bir kişiye satılması, TBK m.240/I anlamında “ekonomik olarak satışa eşdeğerde bir işlem” olarak önalım olayını gerçekleştirecektir²⁶. Buna karşı-

²⁰ HESS, Art.216c N.2, s.1184.

²¹ HESS, Art.216c N.4, s.1183. Yazar TBK m.240/III'ün hakime geniş bir takdir alanı tanıyan bir genel hüküm niteliğini vurgulamaktadır; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.3, s.196; AKALP-DEMİRTABAK, s.52-53.

²² GIGER, Art.216c N.11, s.297.

²³ BGE 85 II 474.

²⁴ BINDER, Art.216c N.6, s.1750; REY, s.55; BRÜCKNER, N.83, s.532: Yazar, bu hükümle, 1994 değişiklikleri öncesi ileri sürülen bir taşınmazı ivaz karşılığı sınırlı aynı hak ile yükleyen her işlemi önalım olayı olarak gören görüşleri yasalaştırdığı görüşündedir. Bu çerçevede Yazar'a göre, bir taşınmazın ödeme uğruna devri, iradi açık artırma, belirli amaçla üst hakkı tesisi, önalım hakkının dolanılması ve alım hakkının kullanılması dahi artık önalım olayı oluşturabilecektir.

²⁵ REY, s.55; BINDER, Art.216c N.6, s.1750.

²⁶ ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.3, s.197; BURCUOĞLU, s.290 dn.3. HESS, Art.216c N.5, s.1184. Yazar'a göre, tek bir taşınmaza zilyet GYO bakımından sorun yoktur, bu durumda hisse bedeli taşınmazın satış bedeline eşit olacaktır. Eğer satış bedelinin önalım sözleşmesinde kararlaştırıldığı bir nitelikli önalım hakkı yoksa ve GYO'nun portföyü birden fazla taşınmazdan oluşuyorsa, önalım hakkı ile yüklü taşınmaz bir bütün ortaklık malvarlığının bir payını oluşturduğundan ödenmesi gereken satış bedelinin belirlenmesi zorluk arzedebilir.

lık öğretide diğer görüş²⁷ bu durumda başlangıçta ortaklığa karşı şarta bağlı bir alım hakkı tesis edilebilecek olduğundan hareketle, bu durumda önalım olayının varlığını reddetmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bir anonim ortaklığın tasfiyesi esnasında bir taşınmazın paydaşlardan birine devrini bir önalım olayı olarak kabul etmemiştir²⁸. Söz konusu kararda Federal Mahkeme bir taşınmazın bir anonim ortaklığa bir aynı sermaye olarak konulmasının da bir önalım olayı oluşturmayacağını vurgulamıştır. Öğretide HESS'e göre ise²⁹, satış ile eşdeğer bir durumun mevcut olup olmadığı her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yazar'a göre, bir taşınmaz mevcut malikin tek başına veya en büyük ortak olarak hakimiyetinde bulunan bir ortaklığa (tek kişilik ortaklığa) getiriliyorsa, bir önalım olayı mevcut değildir; zira amaç satım ile eşdeğer olmayıp bir servet transferinden ibarettir. Aynı şekilde bir ortak tarafından bir taşınmazın ortaklığa getirilmesi karşılığında kararlaştırılan ivazın (Entgelt) sadece bu ortağa ait olduğu bir şekilde ispatlanırsa (örn. anonim ortaklıkta ortağa verilen tüketim ödücünün (karzın) silinmesi karşılığı taşınmaz sermaye olarak getiriliyorsa) yine önalım olayının gerçekleştiği kabul edilmez. Buna karşı bir maddi değerlik hale getirilmesi amaçlanıyorsa, bir önalım olayı mevcuttur. Sonuçta HESS'in altını çizdiği gibi, TBK m.240, taşınmazda mündemice değerlik hale getirilmesinin veya dönüştürülmesinin amaçlanmadığı, bilakis bir malvarlığının yeniden yapılandırılmasının amaçlandığı hukuksal işlemler önalım olayını oluşturmaz. Bir hukuksal işlem kişisel ilişkilerin özel olarak dikkate alınmasıyla yapılmışsa (akdedilmişse) ve üçüncü bir kişi ile yapılmayacaksa bir önalım olayı yoktur³⁰; diğer bir deyişle bir sözleşme önalım hakkı sahibi tarafından objektif olarak yerine getirilemeyecek özel şartlar içeriyorsa, bir önalım olayı oluşmaz³¹.

Bağışlamanın, karşı edimin (ivazın) yokluğuna bağlı olarak TBK m.240/I'e göre dahi satımla eşdeğer ekonomik sonuçları doğurmayacağı tartışmasızdır³²; karma bağışlamalarda ise, bağışlamadan çok satım unsurunun başat (dominant) ve belirleyici ise önalım olayı vardır; bağışlama unsuru başat ise önalım olayı yoktur³³.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi önalım olayı değildir³⁴.

"Ön sözleşme olarak taşınmaz satış vaadi" veya "alım sözleşmesi" dahi, önalım olayı oluşturmaz³⁵.

Mal rejimine dayalı taşınmaz intikali veya külli halefiyet dahi, önalım olayı sayılmaz³⁶.

²⁷ BINDER, Art.216c N.6, s.1750; BRÜCKNER, N.84, s.533.

²⁸ BGE 126 III 189. Aynı görüşte: ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.4, s.197; BINDER, Art.216c N.4, s.1749.

²⁹ HESS, Art.216c N.8, s.1184.

³⁰ HESS, Art.216c N.9, s.1184.

³¹ HESS, Art.216d N.8, s.1187. Yazar bu noktada TBK m.241'e alınmayan İBK m.216d/III hükmünü bu görüşüne temel almaktadır.

³² HESS, Art.216c N.9, s.1185; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.4, s.197.

³³ HESS, Art.216c N.9, s.1185.

³⁴ ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.4, s.197; BINDER, Art.216c N.4, s.1749.

³⁵ Bkz. BINDER, Art.216c N.7, s.1750'deki yazar ve kararlar.

Bu noktada satım ile eşdeğer ekonomik sonuçlar doğuran bir hukuki işlem olarak ilk planda “trampa” akla gelebilir. Ancak kanımızca trampa ile trampa edilen mal para dışında bir misli mal olsa bile önalım olayı gerçekleşmez³⁷. Bunun karşılık öğretideki diğer bir görüşe göre, satım sözleşmesinde satılanın karşılığının bir misli mal olarak bir miktar para olduğu göz önünde tutulduğunda bir taşınmaz bir başka taşınmaz ile trampa ediliyorsa, önalım hakkı sahibi aynı karşı edimi (trampaya konu edilen karşı taşınmazı) bir karşı edim olarak sunamayacağı için bir önalım olayı gerçekleşmez; buna karşılık bir taşınmaz bir misli mal ile trampa ediliyorsa, önalım hakkı sahibince de sunulabileceğinden bir önalım olayının varlığı kabul edilmelidir³⁸.

TBK m.240/II’de önalım olayı oluşturmeyen hukuksal işlemler örnek olarak mirasın paylaşımında taşınmazın mirasçılardan birisine özgülenmesi, cebri artırma ile satım ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi (amaçlı iktisaplar) olarak belirlenmiştir. Kamusal görevlerin ifasına yönelik iktisapların “idarenin kamulaştırmaya dayalı iktisaplarını” kapsadığı tartışmasızdır. Ancak “kamulaştırma benzeri satışlar” da hükmün kapsamında yer alır. TBK m.240/II’deki saymanın “ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi” ifadesinden de anlaşılabilceği gibi sınırlı bir sayma içermediğini yukarıda vurgulamıştık. Bu kapsamda öğretideki genel kabule göre bir tarımsal arazi, maliki tarafından tahmini mirasçılardan birine (çoğu zaman oğlu veya oğullarına) sağlığında satılmışsa – kısaca çocuğa satım (Kindskauf) varsa³⁹ - artık bu durumda her ne kadar şeklen bir satım sözleşmesi mevcutsa da gerçekte öncelenmiş bir miras hukuku tasarrufu mevcuttur ve önalım olayı oluşturmaz⁴⁰.

TBK m.240’nın 1.fıkrası emredici nitelik taşımadığından, taraflar anlaşarak önalım olayı oluşturan halleri (işlemleri) daraltabilecekleri gibi genişletebilirler⁴¹. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi önalım olayının genişletilmesi halinde artık bir önalım hakkının değil, bir akdi opsiyon hakkının (Optionsrecht, Vorhandsrecht)⁴² varlığı söz konusudur⁴³. Söz konusu opsiyon hakkı, ancak tapu memuru önünde resmi şekilde akdedilen sözleşme ile tanınabilir⁴⁴. Ancak kişisel hakların şerhi bakımından kabul edilen sınırlı sayı ilkesi gereği anlaşma ile genişletilmiş önalım olayına dahil olgu

³⁶ HESS, Art.216c N.12, s.1185; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.4, s.197; BINDER, Art.216c N.4, s.1749.

³⁷ BINDER, Art.216c N.4, s.1749; HELVACI, s.411.

³⁸ HESS, Art.216c N.10, s.1184; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.4, s.197.

³⁹ ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.4, s.197; BINDER, Art.216c N.4, s.1749. Bkz. BGE 120 V 10.

⁴⁰ HESS, Art.216c N.11, s.1185.

⁴¹ ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.5, s.197; BINDER, Art.216c N.8, s.1750; BRÜCKNER, N.44, s.521; REY, s.45.

⁴² Opsiyon hakkı, sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile bir sözleşme kurma veya mevcut bir sözleşmenin süresini uzatma yetkisini veren haktır (BUZ, s.160). Ayr.ol.bkz. BUZ, s.160 vd.

⁴³ BRÜCKNER, N.44, s.521; BINDER, Art.213c N.8, s.1750.

⁴⁴ BRÜCKNER, N.44, s.521; BINDER, Art.213c N.8, s.1750. Yazar bu sonuca söz konusu opsiyon hakkını bir şarta bağlı alım hakkı olarak niteleyerek ulaşmaktadır.

(örn. bağışlama) gerçekleşse bile, genişletilmiş önalım olayını içeren önalım sözleşmelerinin şerhi mümkün değildir⁴⁵.

VI.ÖNALIM OLAYININ GERÇEKLEŞMESİ ve SATICI veya ALICININ BİLDİRİM YÜKÜMÜ

“2. Koşulları ve hükümleri” kenar başlığını taşıyan TBK m.241’in 1.fikrasına göre, “Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır”. “Bildirme” kavramı üzerinden kaleme alınan hüküm, önalım olayını oluşturan satım sözleşmesinin satıcısı (taşınmaz maliki) ve alıcısının önalım hakkı sahibine yönelik bilgi verme yükümünü düzenlemektedir. TBK Kanun Koyucusu bu noktada bildirim (bilgi verme) yükümünün kapsamını salt satım sözleşmesinin akdedildiği bilgisi ile sınırlamamış, satım sözleşmesinin içeriğinin de (Inhalt) önalım hakkı sahibine bildirilmesini aramıştır. Böylece Kanun Koyucu, önalım hakkı sahibinin özet, kulaktan dolma bilgiler ile yetinmeksizin önalım olayı bakımından tam bir bilgi sahibi olmasını amaçlamıştır⁴⁶. Ancak kanımızca TBK m. 241/I hükmü kısmen emredicidir. Bunun sonucu olarak önalım sözleşmesinin tarafları, mevcut bilgi verme yükümünü tamamen ortadan kaldıramasalar bile, “noter aracılığıyla” bildirim yükümünü ortadan kaldırılabirler. Ağırlıklı öğreti ve yargı uygulaması ise⁴⁷ aksi görüştür.

TBK m.241/I’in “Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır”, hükmüne karşılık İBK m.216d/I hükmü, “Satıcı, önalım hakkı sahibine satım sözleşmesinin kuruluşu ve konusu/içeriği hakkında bilgi vermelidir” şeklindedir. Görüldüğü üzere TBK m.241/I, bilgi verme yükümünü hem alıcı hem de satıcıya tanırken; İBK m.216d/I, sadece satıcıya bilgi verme yükümünü yüklemektedir. Öte yandan TBK m.241/I hükmü bilgi vermenin noterden yapılacak bir bildirim ile olmasını -hakim yaklaşıma göre- geçerlilik şekli olarak öngörürken; İBK m.216d/I hükmü bilgi verme yükümünün ifası bakımından bir geçerlilik şekli öngörmemektedir. Ancak her iki hüküm de bilgi vermenin satım sözleşmesinin kuruluşu ve içeriğine ilişkin olacağını ortak olarak vurgulamaktadır.

TBK Kanun Koyucusu TBK m.241/I’de da önalım hakkı sahibinin önalım olayı oluşturan satım sözleşmesi (veya satımla eşdeğer ekonomik sonuç doğuran hukuksal işlemin) temel ayrıntıları hakkında bilgi sahibi olmasını amaçlamakla birlikte, bilgi verme yükümünü gerek alıcıya gerekse de satıcıya yüklemiştir. Oysa İBK m216d/I, bilgi verme yükümlüsü olarak sadece “satıcıyı” tanımıştır. Bu noktada satıcı kavramının kanımızca “taşınmaz maliki sıfatına sahip satıcı” olarak okunması zorunludur. Öte yandan TBK m.241/I’in –satıcı ile birlikte- sadece “alıcıdan” bahseden lafzına rağmen, önalım olayını satım sözleşmesine eşdeğer sonuçlar doğuran hukuki işlemler de oluşturabildiğinden bu hukuksal işlem bir sözleşme ise bu sözleşmenin tarafları, sözleşme değilse sadece işlemde bulunan taşınmaz maliki TBK m.241/I uyarınca önalım

⁴⁵ BRÜCKNER, N.44, s.521; BINDER, Art.213c N.8, s.1750; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216c N.5, s.197.

⁴⁶ HESS, Art.216d N.1, s.1186.

⁴⁷ BURCUOĞLU, s.293 ve s.293 dn.6’deki yazarlar ve Yargıtay kararları.

hakkı sahibine söz konusu sözleşme (hukuksal işlem) ve içeriği hakkında bilgi vermekle yükümlüdür⁴⁸.

TBK m.241/I'e dayalı bilgilendirmenin işlevi ne olacaktır? İBK m.216e/ c.2, "Süre, sözleşmenin kuruluşu ve konusu hakkında bilgi sahibi olma ile başlar" hükmü ile, İBK m.216d'deki bilgi verme yükümünün ifasına önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması bakımından öngörülen İBK m.216e/c.1'deki üç aylık hak düşürücü sürenin başlaması sonucunu bağlamaktadır. TBK m.242 "Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır" hükmü ile söz konusu bilgi verme yükümünün yerine getirilmesi ile üç aylık hak düşürücü sürenin işlemeye başlayacağını kabul etmişse de; ek olarak satışın (veya eşdeğer işlemin⁴⁹) yapılmasından başlayarak 2 yıllık bir hak düşürücü süre daha öngörülmektedir.

TBK m.241/I bilgi verme yükümünün kapsamını "satım sözleşmesinin kuruluşu ve içeriği" olarak belirlerken, TBK m.242 hükmü, 3 aylık kısa hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için gerekli olan bilgi vermenin kapsamını satım sözleşmesinin "içeriğini" dışarıda bırakarak salt "satım sözleşmesinin kurulması" ile sınırlamıştır. Kanımızca burada Kanun Koyucu'nun ihmalden kaynaklanan bir örtülü kanun boşluğu mevcut olup, TBK m.242'deki üç aylık sürenin de satım sözleşmesinin (veya satımla eşdeğer ekonomik sonuç doğuran hukuksal işlemin) yapıldığının ve içeriğinin bildirilmesi ile başlayacağı kabul edilmelidir.

TBK m.241/I bilgi verme yükümünün kapsamını yukarıda belirlediğimiz gibi "satım sözleşmesinin kuruluşu ve içeriği" olarak belirlemiştir. Bildirim yükümü sözleşme için önem taşıyan esaslı noktaları kapsamalıdır. Bu noktada öğreti önalım hakkının kullanılması ile gerçekleşecek bütün hak ve yükümlerin⁵⁰ veya önalım hakkının kullanılması(na yönelik iradenin oluşumu) bakımından önemli olan sözleşme unsurlarının⁵¹ bildirilmesi gerekliliğinden bahsedilmektedir. Kanımızca, -önalım olayı bir satım sözleşmesi ise- taşınmaz satımına ilişkin resmi şeklin kapsamında yer alması gereken bütün unsurların önalım hakkı sahibine bildirilmesi gerektiği kabul edilebilir⁵². Bu kapsamda Önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla yapılan verilen bilgi eksik (örn. akdedilen satım sözleşmesindeki satış bedelinin veya cezai şartın bildirilmemesi) veya yanlış (örn. akdedilen satım sözleşmesindeki satış bedeli 100.000 TL iken 150.000 TL olarak önalım hakkı sahibine bildirilmişse), üç aylık hak düşürücü süre

⁴⁸ Benzer: HESS, Art.216d N.4, s.1186.

⁴⁹ Kanımızca TBK m.242'nin lafzından hareketle iki yıllık uzun hak düşürücü sürenin sadece ön alım olayının satım sözleşmesinden oluştuğu hallerde uygulanacağı, ekonomik açıdan satımla eşdeğer sonuçlar doğuran işlemler için iki yıllık bir hak düşürücü sürenin mevcut olmadığı gibi bir anlam çıkarılamaz. Önalım olayını satımla ekonomik açıdan eşdeğer işlemlerin oluşturduğu hallerde de hem üç ay hem de iki yıllık iki hak düşürücü süre mevcuttur.

⁵⁰ BINDER, Art.216d N.3, s.1751.

⁵¹ ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216ed N.3, s.198; BGE 83 II 520.

⁵² HESS, Art.216d N.3, s.1186. Taşınmaz satım sözleşmesinde şeklin kapsamı konusunda bkz. GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.220 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

başlamaz, üç aylık sürenin başlayabilmesi için yeniden noter aracılığı ile tam ve doğru bir bildirim yapılması gerekir. Sonuç olarak üçüncü kişi ile imzalanan sözleşmenin tamamının fotokopisinin gönderilmesi en sağlıklı yol olacaktır⁵³. Nitelikli önalım hakkı bakımından satış bedelinin önalım hakkı sahibine bildirilmesine gerek olmadığı ileri sürülemez; önalım hakkı sahibi söz konusu satış bedeli tutarı üzerinden yapacağı rayiç bedel değerlendirmesi ile önalım hakkını kullanıp kullanmamaya karar verecektir.

TBK m.241/I, bilgi vermeyi bir yüküm (borç) olarak satıcı ve alıcıya yüklediğinden, söz konusu bilgilendirme yükümünün “kusurlu” olarak (hiç, gereği gibi olmayan veya gecikmeli ifaya dayalı) ihlali satıcı ve alıcı için tazminat ödeme borcu doğurur. Kanımızca TBK m.241/I’ e dayalı bilgi verme borcu bir akdi borç, buna dayalı sorumluluk da akdi sorumluluk iken; aynı hükme dayalı alıcının borcu bir yasal borç, bunun ihlaline dayalı sorumluluk ise, akdi sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulandığı bir yasal sorumluluktur⁵⁴.

Tazminat ödeme sonucu Türk Hukuku bakımından daha belirgindir. Zira, İBK m.216d/I’ e göre bilgi verme yükümünün ihlal edilmesi, sadece üç aylık hak düşürücü sürenin işlemeye başlamasını engellerken; TBK’ya göre satım sözleşmesinin (veya ekonomik eşdeğerde işlemin) akdedildiği/kurulduğu tarihten itibaren iki yılın geçmesi ile yasal önalım hakkında olduğu gibi (TMK m.733/IV) bildirim yapılmamış olsa bile önalım hakkı sona ermektedir (düşmektedir). Bu noktada önalım olayındaki üçüncü kişinin (alıcının) bilgi verme borcunun ihlalinde kusurlu sayılabilmesi için önalım sözleşmesinin varlığını bilmeli veya bilmesi gerekmektedir. İki yıllık hak düşürücü süre içerisinde alıcı, önalım hakkının varlığını bilmediği veya bilmesi beklenemediği için satım sözleşmesini önalım hakkı sahibine bildirememişse, alıcı kusurlu sayılamayacağı için önalım hakkı sahibi uğramış olduğu zararın tazminini alıcıdan talep edemez. Eğer önalım hakkı tapu kütüğü veya kat mülkiyeti kütüğüne şerh edilmişse, alıcı tapu sicilinin aleniyeti ilkesi gereği önalım hakkının varlığını biliyor ve kusurlu sayılır; zararı tazminle sorumludur. Bu noktada Türk Hukuku bakımından önemli olan nokta şudur: Önalım hakkı sahibi, önalım olayını oluşturan satım sözleşmesinin varlığını kendisine bildirim yapılmaksızın öğrenmesine rağmen iki yıl içerisinde önalım hakkını kullanmaması, müterafik (ortak) kusuru olarak illiyet bağını keser ve kusurlu satıcı (ve alıcıdan) tazminat talep edemez. İlliyet bağının kesilmesine yönelik aynı sonuç, önalım hakkı sahibine noter aracılığı olmaksızın bildirimde bulunulduğu veya noter vasıtasıyla eksik bildirimde bulunulduğu (örneğin satımın varlığının bildirilip, içeriğinin bildirilmediği) hallerde de geçerlidir.

⁵³ BINDER, Art.216d N.2, s.1751; BRÜCKNER, N.102, s.538.

⁵⁴ İsviçre hukukunda bilgilendirme yükümü sadece satıcıya verildiği için satıcının bu yükümünü ihlali halinde doğacak tazminat sorumluluğu bakımından hakim görüş, yan yüküm ihlaline dayalı akdi sorumluluk esasını benimsemiştir (GIGER, Art. 216d N.16, s.313; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216d N.4, s.198; BINDER, Art.216d N.4, s.1751; BRÜCKNER, N.107, s.539). Akdi (yan) yüküm eksiliği yokluğu, bilakis yasal olarak düzenlenmiş yükümün varlığından hareketle haksız fiil sorumluluğu olarak: REY, s.57-58.

VII.ÖNALIM OLAYININ ORTADAN KALDIRILMASININ veya ALICININ KİŞİLİĞİNDEN KAYNAKLANAN ONAY (RIZA) ENGELLERİNİN ÖNALIM HAKKINA ETKİSİ

TBK m.241/II'ye göre, “Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez”. Aynı kural İBK m.216/d/II'de “Satım sözleşmesi önalım hakkı kullanıldıktan sonra ortadan kaldırılırsa ya da alıcının kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle gerekli izin engelleniyorsa, bu önalım hakkı sahibine karşı sonuç doğurmaz” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece Kanun Koyucu, satıcı konumundaki taşınmaz maliki ve alıcının önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanma yönünde harekete geçtiği bilgisine ulaştıktan sonra, satım sözleşmesini ikale sözleşmesi (contrarius actus) ile ortadan kaldırılıp önalım hakkının kullanılmasını engellemelerinin önüne geçmeyi amaçlamıştır⁵⁵. Kanun Koyucu burada alıcı ve satıcının akdettiği ikale sözleşmesi bakımından bir nispi etkisizlik yaptırımı getirmiştir; bunun sonucu olarak söz konusu sözleşme tarafları arasında geçerli olsa bile önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyecektir. Bugün için İsviçre öğretisinde bir görüş⁵⁶, TBK m.241/II'nin mehzazını oluşturan İBK m.216d hükmünün gerekçesinden hareketle, hükmün uygulamasını sadece ikale sözleşmesi ile sınırlandırırken; diğer görüş⁵⁷ ayıplı ifa nedeniyle dönme hakkının kullanıldığı hallerde de, dönme hakkının kullanılmasını önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir.

VIII.NİTELİKLİ ÖNALIM HAKKI

TBK m.241/III'e göre, “Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır”. Söz konusu düzenleme öncelikle “önalım hakkının şüphe halinde, nitelikli önalım hakkı oluşturmadığı” kuralım ortaya koyar⁵⁸. Buna göre önalım hakkı sahibi kural olarak, önalım hakkını kullanınca, meydana gelen satım ilişki kapsamında, önalım olayını oluşturan satım sözleşmesindeki üçüncü kişi-alıcı gibi, onunla “aynı şartlarda” (ve “eşit konumda”⁵⁹) önalım konusu taşınmazın alıcısı konumunu alır. Bu kapsamda “üçüncü kişiyle kararlaştırılan satışa ilişkin koşullar” ifadesi sadece satış bedeli tutarını değil, diğer sözleşme modalitelerini de kapsar⁶⁰. TBK m.241/III hükmü emredici olmadığı için taraflar nitelikli önalım hakkına varlık verecek şekilde önalım

⁵⁵ HESS, Art.216d N.5, s.1186-1187.

⁵⁶ SIMONIUS/SUTTER, 11 N.57 dn126.

⁵⁷ BINDER, Art.216d N.5, s.1751; BRÜCKNER, N.86, s.534.

⁵⁸ HESS, Art.216d N.8, s.1187.

⁵⁹ Bu nedenle öğretideki eserlerde önalım hakkının bir taşınmazın üçüncü kişiye satılması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı beyanla üçüncü kişiye nazaran öncelikli biçimde taşınmazın alıcısı olma yetkisini veren hak olduğu yönündeki tanımlamalar, ancak “şerh edilmiş önalım hakkı” bakımından kabul edilebilir. Önalım hakkı şerh edilmemişse, taşınmaz maliki ile üçüncü kişi ve taşınmaz maliki ve önalım hakkı sahibi arasındaki satım ilişkileri eşit düzeyde olup, taşınmaz malikinin birine karşı mülkiyeti devir borcunu ifası, onu diğerine karşı BK m.96 (TBK m.112)'ye göre tazminat ödemekle yükümlü kılacaktır.

⁶⁰ ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216d N.6, s.198; HESS, Art.216d N.8, s.1187. Yazar'a göre bu nedenledir ki, üçüncü kişi ile akdedilen satım sözleşmesi önalım hakkı sahibinin objektif olarak ifa edemeyeceği özel şartlar içeriyorsa, bir önalım olayının varlığından bahsedilemez.

hakkı sahibi için özel sözleşme şartları belirleyebilirler, örneğin satış bedelini belirli bir tutar olarak -önalım sözleşmesi için öngörülen adi yazılı şeklin kapsamında yer alacak şekilde- önceden tespit edebilirler. Ancak taraflar sözleşmenin esaslı unsurları dışındaki diğer sözleşme şartları bakımından da özel düzenlemeler getirebilirler. Ancak getirilen özel düzenlemelerin (diğer sözleşme şartlarının) bir taşınmaz satım sözleşmesi akdedilirken kanunun aradığı resmi şeklin kapsamında yer alması gerekiyorsa, önalım hakkına “nitelikli” vasfını tanıyan bu özel düzenlemelerin önalım sözleşmesinin adi yazılı şeklinin kapsamında yer alması zorunludur⁶¹. Örneğin önalım hakkı sahibi lehine getirilen bir cezai şart alacağıının, önalım sözleşmesinin adi yazılı şeklinin kapsamında yer alması zorunludur.

TBK m.241/IV'e göre, “Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de yukarıdaki hükümler uygulanır”. Söz konusu hüküm olmasaydı bile, yenilenen “önalım olayı” tanımından hareketle işin doğası gereği bu sonucunun kabul edileceği açıktır.

IX.ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI A.SÜRESİ

“Kullanılması ve hükümleri” kenar başlığını taşıyan TBK m.242'ye göre, “Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır”. Buna karşılık İBK m.216e, “Önalım hakkı sahibi, önalım hakkını kullanacaksa, üç ay içinde satıcıya karşı ya da tapu kütüğüne şerh edilmişse malike karşı ileri sürebilir. Süre sözleşmenin kurulduğunun ve konusunun öğrenilmesi ile başlar” şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere İBK m.216e hükmü sadece üç aylık bir hak düşürücü süre⁶² öngörürken; TBK m.242 hükmü, üç aylık hak düşürücü sürenin yanında iki yıllık bir hak düşürücü süre daha öngörmüştür. Söz konusu hak düşürücü sürelerle ilişkin inceleme yukarıda yapılmıştı. Bunun yanında TBK Kanun Koyucusu, TMK'daki düzenlemeye (TMK m.734/I) paralel olarak (ve İBK'dan farklı şekilde) önalım hakkının yine dava yoluyla kullanılmasını kabul etmiştir.

Üç aylık hak düşürücü süre önalım olayının gerçekleştiğinin (yani satım özleşmesi veya ekonomik olarak satıma eşdeğer işlemin kuruluşunun ve içeriğinin alıcı veya satıcı tarafından önalım hakkı sahibine noter aracılığı ile bildiri ile başlarken; iki yıllık hak düşürücü süre, satım özleşmesi veya ekonomik olarak satıma eşdeğer işlemin kuruluşundan itibaren başlamaktadır. Her iki süre bakımından da önalım hakkının şerh edilmiş olup olmaması önem taşımaz⁶³. TBK m.242 –kanımızca dava yoluyla hakkın ileri sürülmesi gerekliliğine olan vurguya rağmen- emredici nitelik taşı-

⁶¹ HESS, Art.216d N.9, s.1187. Yazar bu sonucu TBK m.241/III-İBK m.216d/III hükmünün dar yorumlanması gereken bir istisna hüküm oluşuna bağlamaktadır.

⁶² BINDER, Art.216d N.2, s.1251; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216e N.1, s.198; BURCUOĞLU, s.292. İsviçre öğretisinde hükmün gerekçesi ve kenar başlığına rağmen bir zamanasımı süresinin varlığını kabul eden görüş için bkz. GIGER, Art.216e N.8, s.325.

⁶³ HESS, Art.216e N.1, s.1188.

madığı için, taraflar üç ay ve iki yıllık süreyi anlaşma ile kısaltabilirler veya uzatabilirler veya sürelerin başlangıcını değiştirebilirler⁶⁴.

B.KENDİSİNE KARŞI KULLANILACAKI KİŞİ

TBK m242, önalım hakkının bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı kullanılmasını öngörmektedir. Böylece Kanun Koyucu, şerh edilmiş önalım hakkında şerhin önalım hakkı kullanılacağına kadar olan birinci etkisi bakımından “eşya bağlı borç” görüşünü benimseyerek⁶⁵, mülkiyet hakkının alıcı adına tescili ile birlikte yeni malik alıcı ve önalım hakkı sahibi arasında bir önalım sözleşmesinin meydana geldiğini ve dolayısıyla önalım hakkının kullanılmasyla da satım ilişkisinin yine (üçüncü kişi) alıcı ve önalım hakkı sahibi arasında kurulmasını kabul etmiş olmaktadır. Ancak ilginçtir ki Kanun Koyucu TBK m.239’da ön alım hakkını ilk olarak tanıyan taşınmaz maliki satıcıyı önalım hakkını devralabilecek kişinin ekonomik durumunun bozuk olma ihtimaline dayalı rizikoyu taşımaktan kurtarmak için kural olarak önalım hakkının üçüncü kişiye devrini yasaklar; önalım hakkı sahibinin, ayıplı ifaya dayalı sorumluluğun ortaya çıkması halinde, yeni malikin (alıcının) ekonomik durumunun bozuk olmasının rizikosunu önalım hakkı sahibine yüklemektedir. SUNGURBEY’in eşyaya bağlı borç görüşüne yönelik temel eleştirileri de zaten bu noktada ortaya çıkmaktadır. Böylece Kanun Koyucu SUNGURBEY’in önalım hakkının şerhinin etkisi bakımından kabul ettiği “şerhin aynı etkisi” görüşünü bu yasa hükmüyle reddetmiş olmaktadır.

SUNGURBEY’de kaynağını bulan, ancak artık benimsenmesi mümkün olmayan görüşün sonuçları ise şuydu⁶⁶: Önalım sözleşmesinden doğan kurucu yenilik doğuran hak niteliğindeki önalım hakkı şerh edildikten sonra, şerh, önalım olayının gerçekleşmesine bağlı olarak önalım hakkının kullanılmasyla meydana gelecek satım ilişkisinden doğacak taşınmazın mülkiyeti devrini istemeye yönelik alacak hakkına (talebe) aynı etki kazandırır. Bu nedenle önalım sözleşmesi tarafı taşınmaz maliki şerh sonrası taşınmazın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretse bile, önalım hakkı sahibi önalım hakkını ilk (önalım sözleşmesi tarafı) malike karşı kullanmak suretiyle, kendisiyle ilk malik arasında satım ilişkisi kurabilir. Ancak, ilk malik, önalım hakkının kullanılmasyla meydana gelen satım benzeri ilişkiden doğan mülkiyeti devir borcunun ifasını üçüncü kişiye yaptığı devir nedeniyle tasarruf yetkisinin bulunmamasına bağlı olarak yerine getiremeyeceğinden, önalım hakkı sahibi, ilk malik ile arasındaki borç ilişkisinden doğan mülkiyet devri talebini, şerhle kazandığı aynı etki sebebiyle bizzat sonraki taşınmaz malikine açacağı mülkiyetin tanınması davası ile (TMK m.716) ileri sürebilir. Sonraki malik, her ne kadar ilk malik ile önalım hakkı sahibi arasındaki satım benzeri ilişkiye yabancı olsa bile, BK m.177’nin kıyasen uygulanmasıyla, kendisine yönelik mülkiyeti devir talebine karşı ilk malikin kullanabileceği tüm def’ileri, o da önalım hakkı sahibine karşı ileri sürebilecektir. Satım ilişkisinden doğan satım parasını satım ilişkisinin hâlâ tarafı olduğu için ilk malik talep hakkına sahiptir. Buna karşılık satım ilişkisinin tarafı da hâlâ önalım sözleşmesi tarafı ilk malik olduğu için, ta-

⁶⁴ HESS, Art.216e N.2, s.1288; ATTESLANDER/DÜRRENMATT, Art.216e N.3, s.199.

⁶⁵ Aynı şekilde: BINDER, Art.216e N.6, s.1753.

⁶⁶ Bkz. SUNGURBEY, s.746 vd.

şınmazda mevcut ayıplardan her zaman için ilk malik sorumlu kalmaya devam edecektir. Ancak önalım hakkı kullanılıp satım ilişkisi doğduktan sonra taşınmaz maliki taşınmazı üzerinde, mülkiyetin devri dışında bir sınırlı aynı hak tesisi şeklinde tasarruf eder ve bu tasarruflar şerh yetkilisi önalım hakkı sahibinin durumunu ihlal ederse önalım hakkı sahibi, önalım hakkının kullanılmasından sonraki aynı hak sahiplerinden kendi hakkının, (örneğin mülkiyeti devir talebinin) kullanılmasını zorlaştıran veya olanaksız kılan haklarının terkin edilmesini talep edebilir.

Oysa TBK m.242, en azından önalım hakkı kullanılıncaya kadar olan dönem için tartışmasız olarak şerhin eşyaya bağlı borç etkisini kabul etmiş olmaktadır. Buna göre, bir önalım sözleşmesinden doğan kurucu yenilik doğuran hak niteliğindeki önalım hakkı (TMK m.735) şerh edildikten sonra, şerhin “eşyaya bağlı borç” doğurucu birinci etkisi kapsamında önalım hakkının dayanağı olan önalım sözleşmesi, yasa gereği eşyaya bağlı borç –ki kavramdaki borç ifadesine rağmen burada bir borç ilişkisi mevcuttur- meydana getirir. Bu nedenle, önalım sözleşmesi tarafı taşınmaz malikinin şerh sonrası taşınmazın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretmesiyle sonraki (yeni) malik, önalım hakkı sahibinin rızası aranmaksızın, salt adına yapılan tescille birlikte önalım hakkı sahibi ile kendisi arasında kendiliğinden meydana gelen yeni önalım sözleşmesinin tarafı olur. Önalım hakkı sahibinin, önalım hakkını önalım sözleşmesinin tarafı yeni malike karşı kullanmasıyla da, kendisiyle yeni malik arasında satım ilişkisi meydana gelir. Taşınmazda mevcut ayıplardan bu durumda artık satıcı sıfatına sahip yeni malik sorumlu olacaktır. Ancak TBK m.242, şerhin önalım hakkı kullanıldıktan sonraki (ikinci) etkisi hususunda bir açıklık içermemektedir. Kanımızca, sonraki (yeni) malik, önalım hakkının kullanılmasına meydana gelen satım benzeri ilişkiden doğan mülkiyeti devir borcunun ifasını tasarruf yetkisinin bulunmasına rağmen yerine getirmez bilakis taşınmazı üçüncü bir kişiye yeniden devrederse, önalım hakkının kullanılmasına meydana gelen satım ilişkisinin tarafı önalım hakkı sahibi; şerhin yaratacağı “yasal sözleşme devri etkisi” –kanımızca bir kısım yazarların ileri sürdüğü gibi eşyaya bağlı borç etkisi veya munzam etki değil!⁶⁷-, çerçevesinde taşınmaz malik olmakla satım ilişkisinin de tarafı haline gelen yeni taşınmaz malikine karşı, açtığı önalım davasını yöneltmek suretiyle (TMK m.716) mülkiyeti devir talebini ona karşı da ileri sürebilir. Satım ilişkisinden doğan satım bedelini, önalım hakkının kullanılmasına doğan satım ilişkisinin tarafı olan malik değil, satım ilişkisi kurulduktan sonra taşınmazı devralan (yeni davalı) halihazırdaki taşınmaz maliki talep hakkına sahiptir. Ancak önalım hakkı kullanılıp, satım ilişkisi doğduktan sonra taşınmaz maliki taşınmazı üzerinde, mülkiyetin devri dışında bir sınırlı aynı hak tesisi veya kişisel hak şerhi şeklinde tasarruf eder ve bu tasarruflar şerh yetkilisi önalım hakkı sahibinin durumunu ihlal ederse önalım hakkı sahibi, önalım hakkının kullanılmasından sonraki aynı hak sahiplerinden kendi hakkının, (örneğin mülkiyeti devir talebinin) kullanılmasını zorlaştıran veya olanaksız kılan haklarının terkin edilmesini talep edebilir.

⁶⁷ Bu konuda ayr.ol.bkz. GÜMÜŞ, Şerhler, s.101 vd.

C.DAVA YOLUYLA KULLANILMASI

Bunun dışında, TBK m.242, TBK m.735 afına dayalı TMK m.734/1 hükmüne paralel olarak⁶⁸ sözleşmesel önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasını öngörmüşse de, önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasını haklı kılan genel ahlakın, kamu düzeninin, kişilik hakkın veya zayıf tarafın korunması olgusu mevcut olmadığı için, TBK m.242'nin emredici olmayan niteliğinden hareketle, taraflar önalım hakkının dava yolu dışında da bir yenilik doğuran işlemle de kullanılabilmesi hususunda anlaşabilirler. Ancak söz konusu anlaşmanın da adi yazılı şekilde olması zorunludur. TMK 734/1'in dava yolu ile önalım hakkının kullanılabilirliğine yönelik öğretide yapılan "haklı" eleştiriler⁶⁹, aynen TBK m.242 hükmü için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla gerek yasal önalım hakkı gerek akdi önalım hakkı bakımından dava yoluyla kullanılma zorunluluğunun en kısa sürede ortadan kaldırılması gereklidir.

X. TBK m.237 vd. HÜKÜMLERİ İLE TMK m.735 ARASINDAKİ İLİŞKİ

İsviçre Kanun Koyucusu 1991 revizyonu sırasında İMK'da düzenlenen yasal önalım hakkını ve İBK'da düzenlenen akdi önalım hakkını bir arada ele alınarak ve aralarında atıf köprülerine dayalı bağlantılar kurarak yeniden düzenlenirken; Türk Kanun Koyucusu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun da yasal önalım hakkını düzenlemekle yetinmiş (TMK m.732-734), 735.maddede ise, 818 sayılı Borçlar Kanununda bir değişiklik yapılmaksızın TMK m.732-734 hükümlerine yapılan atıfla akdi önalım hakkı düzenlenmiştir. TMK m.735'e göre, "Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır (f.1). Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer (f.2). Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da

⁶⁸ Anayasa mahkemesinin yasal önalım hakkını "aynı hak" olarak niteliği 12.12.2007 T., 34/94 sayılı (RG.26801) kararında, yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak karardaki Ayrıca bkz. AKALP-DEMİRTABAK, s.101.

⁶⁹ Bkz. EREN, s.108; GÜMÜŞ, s.140 dn.119; KIRCA, s. 1199 vd., 1201-2102: "Ancak yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılması daha çok, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda olabilir. Öyle ki taraflar bu tür konularda karşılıklı anlaşmalarıyla yenilik doğuran dava haklarının meydana getirdiği hukuksal sonuçları sağlayamazlar. Karı kocanın anlaşarak diledikleri şekilde boşanmaları veya çocukların evlilik dışı olduğuna serbestçe karar vermeleri mümkün değildir. Oysa önalım hakkının meydana getirdiği sonuç muhatap ile hak sahibi arasında yapılan anlaşma ile sağlanabilir. Bu hususta devletin adalet dağıtma tekeline başvurmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Nitekim bu söylenenleri doğrular şekilde, yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen önalım hakkının, dava yoluyla kullanılma zorunluluğuna ilişkin karşılaştırmalı hukukta her hangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu itibarla getirilen düzenleme önalım hakkının dava yoluyla kullanılacağı temel ilkesine aykırı olmuştur"; BUZ, s.159: "...yenilik doğuran dava hakları, kamu düzeni veya üçüncü şahsın korunması gibi önemli çıkarların için içine karıştığı durumlarda söz konusu olur. Böyle durumlarda, hakkın kullanılması için gerekli şartların mevcut olup olmadığının bir kez de yargı süzgecinden geçirilmesi uygun görülmüş ve hakkın ancak dava yoluyla kullanılabileceği öngörülmüştür. Oysa şufa (önalım) hakkı bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Şufa hakkında ne bir kamu menfaati, ne de korunması gereken bir üçüncü şahıs menfaati söz mevcuttur...". Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasını olumlayan görüş için: BURCUOĞLU, s.298.

uygulanır (f.3)". Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun m.237 vd. hükümlerinin 01.07.2011 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, kanımızca artık TMK m.735 hükmünün bazı hükümleri yürürlükten kalkmış olacaktır. Örneğin TMK m.735/I c.1'in "Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir" hükmü, TBK m.242'nin "önalım hakkı şerh edilmiş ve taşınmaz mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya karşı kullanılmasını" öngören hükmü karşısında yürürlükten kalkmış olacaktır. Aynı şekilde TMK m.735/I c.2'nin "Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır" hükmü, TBK m.241/III hükmü ile ilga edilmiş olacaktır. TMK 735/I c.2 hükmünün TBK m.241/III ile aynı içerikte bir hüküm olarak kabulü ve ilga edilmemiş sayılması, ancak hükümdeki "kütük" ifadesinin, önalım sözleşmesini de kapsayacak şekilde ve olması gerektiği gibi "sicil" olarak okunması ile mümkün olabilecektir. Bunun dışında TBK m.238'in yaptığı açık atıf karşısında TMK m.735/II'nin "Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer" hükmü yürürlüğünü koruyacaktır. Son olarak TMK m.735/III'e göre, "Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır". Hükmün atıfta bulunduğu TMK m.734'ün 1.fıkrası, gibi TBK m.242 hükmünün akdi önalım hakkı için getirdiği dava yolu ile kullanım zorunluluğunu yasal önalım hakkı için de getirmektedir. Atıf kapsamındaki TMK m.734'ün "Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür" içeriğindeki 2. fıkrası, TBK'nın yürürlüğü döneminde de akdi önalım hakkı için uygulanmaya devam edecektir. Aynı şekilde TMK m.735/III atfıyla "Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir" içeriğindeki TMK m.733/II hükmü de TBK'nın yürürlük döneminde de akdi önalım hakkı için uygulanmaya devam edecektir.

Buna karşılık TMK m.735/III'ün atfı kapsamında değerlendirildiği takdirde TMK m.733/II-III'deki, "Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir.Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer" hükmünün yerini TBK m.241/I ve 343 hükmü alacak ve bunun sonucu olarak salt satışın noter aracılığıyla bildirilmesi yeterli olmayıp, satım sözleşmesinin içeriğinin de önalım hakkı sahibine bildirilmesi zorunlu olacaktır.

Burada sorulması gereken en önemli soru, yasal önalım hakkı uygulaması bakımından da, satım sözleşmesi yanında satım sözleşmesine eşdeğer her türlü işlemin de önalım olayı oluşturup oluşturamayacağıdır. İsviçre Kanun Koyucu 1991 yılı revizyonunda 681.maddesinin 1.fıkrasında yasal önalım hakkının cebri artırmalarda "artırma sırasında ileri sürülmek ve ihale koşullarına uyulmak şartıyla" kullanılabileceğini kabul ederken, bunun haricinde, yasal önalım hakkının akdi önalım hakkı için cari olan şartlar altında kullanılabileceğini benimsemiştir. TMK m.733/I ise cebri artırmayla satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağını açıkça kabul etmektedir. Ancak TBK kabul edilirken yasal önalım hakkına ilişkin TMK m.732'ye de paya ilişkin ekonomik olarak satım ile eşdeğer hukuksal işlemlerin de önalım olayını oluşturacağı-

na dair bir ekleme yapılmamış veya TMK m.732 ile TBK m.240 arasında bir atıf köprüsü kurulmamıştır. Kanımızca burada bir örtülü kanun boşluğu oluşmuş olup, bu boşluk, TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra "ekonomik olarak satım ile eşdeğer hukuksal işlemlerin" yasal önalım hakkı bakımından da önalım olayı olarak kabulü suretiyle doldurulmalıdır. Sonuçta TMK m.735/II'nin önalım hakkının kullanılması bakımından TMK m.732'ye yönelik atfı; TBK m.240 hükmünün yürürlüğe girmesi ile değerini yitirecektir⁷⁰.

KAYNAKÇA

AKALP-DEMİRTABAK, Didem: Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010.

ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Agnes: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Herausgeben von Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Urs BERTSCHINGER, Peter BREITSCHMID, Ivo SCHWANDER), Zürich 2002.

BINDER, Markus: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Clarie Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K.schnyder), Zürich 2007.

BRÜCKNER, Christian: Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), s.506-550.

BURCUOĞLU, Haluk: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s.285-298.

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

EREN, Fikret: Türk Medeni Kanuna Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s.103-126.

GIGER, Hans.: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band IV, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1.teilband Kauf und Tausch, 3.Abschnitt Der Grundstückkauf, Bern 1997.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul 2007.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008.

HELVACI, İlhan: İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri, (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3, madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel'e Armağan, s.397-417.

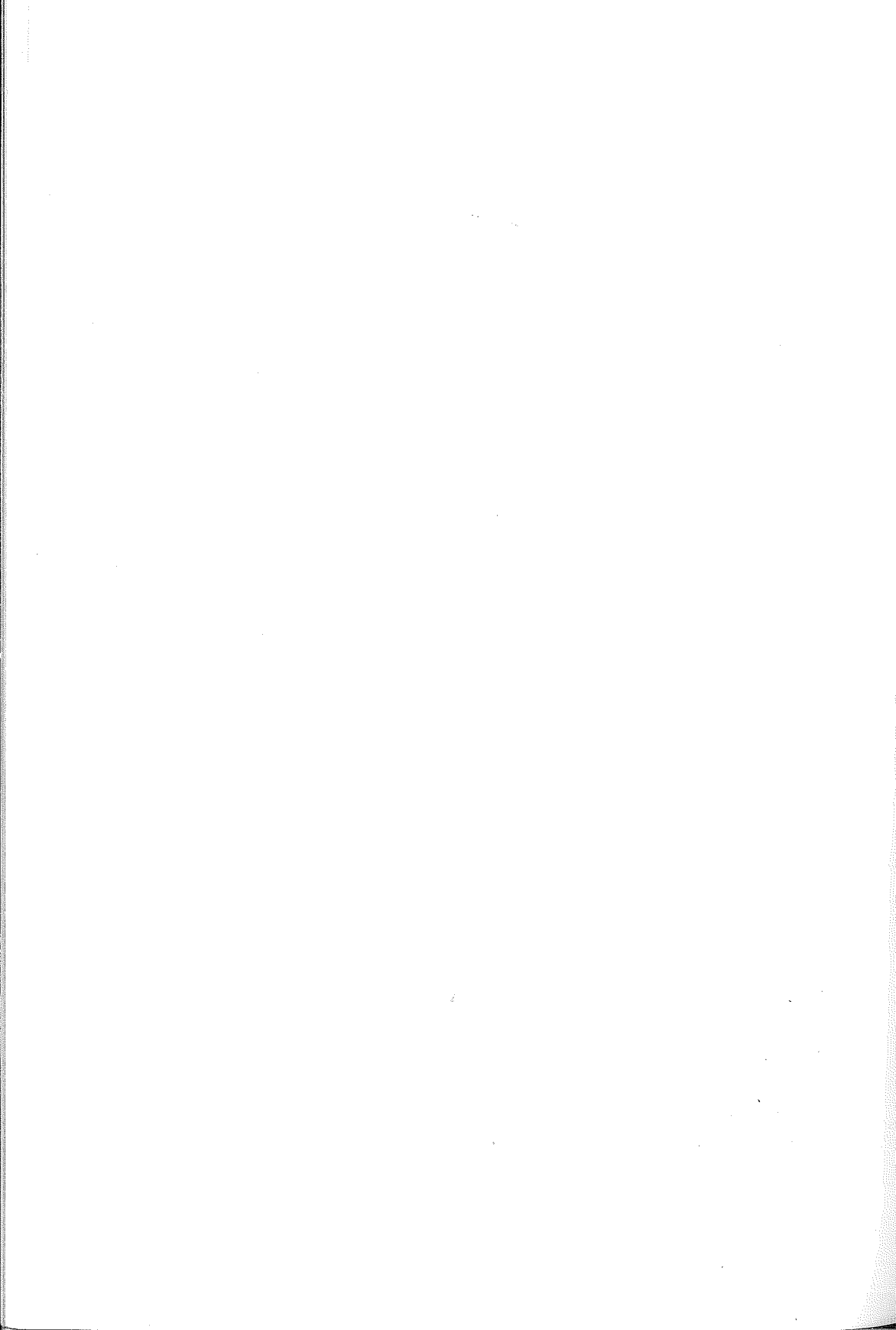
HESS, Urs: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 4.Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel und Frankfurt am Main 2007.

⁷⁰ Sonuç olarak aynı anlamda: BURCUOĞLU, s.291.

KIRCA, Çiğdem: Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s.1179-1203.

REY, Heinz: Die Neuregelungen der Vorkaufsrechte in ihnen Grundzügen, ZSR, Band 113, 1994, s.39-72.

SUNGURBEY, İsmet: Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhinin etkisi konusunda nesnel borç kuramı yandaşlarına zorunlu bir yanıt, Medenî Hukuk Sorunları, Altıncı Cild, İstanbul 1994, s.746-763.



TREASURE TROVE IN ROMAN LAW (THESAURUS)
(ROMA HUKUKUNDA DEFİNE)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. H. Gökçe TÜRKÖĞLU*

ÖZET

Define, Roma hukukunda, mülkiyetin aslen iktisap yollarından biri olarak kabul edilmiştir. Roma hukukunun tarihsel gelişim dönemlerinde, define farklı biçimlerde düzenlenmiş, hatta sahipsiz mal (*res nullius*) sayılıp sayılmaması hususunda tartışmalar yaşanmış ve konuya ilişkin sorunlar farklı şekillerde çözülmüştür. Bu çalışmada, Roma hukukunda define kavramının nasıl düzenlendiği, nelerin define kapsamına girdiği ve hangi yollarla mülkiyetin kazanıldığı açıklanmaktadır. Roma hukukunda define hakkında getirilmiş olan yasal düzenlemelerin günümüz hukuk sistemlerini büyük ölçüde etkilediği ve bunların temelini oluşturduğu saptanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: monilia, res nullius, occupation, specification, fiscus.

ABSTRACT

Acquiring ownership of the treasure is accepted as an original natural mode of acquiring ownership. Through the historical development of Roman law, treasure trove was regulated in different ways and it was even discussed whether treasure trove was an ownerless thing (res nullius) or not and relating with this, the problems arising from treasure trove were solved with different methods. In this article, it is explained how the treasure trove was regulated in Roman law, which objects were considered as treasure and by which way their ownerships were acquired. Finally it is seen that the legal arrangements brought by Romans in the field of treasure trove affect the modern law systems broadly and most part of them has been supersede by the Roman rules.

Keywords: monilia, res nullius, occupation, specification, fiscus.

This article is about how Romans solved the problem about treasure trove. Like many other legal institutions, treasure trove was put into order successfully in Roman law. The principles on treasure trove developed by Roman lawyers, though modified in some ways, are still applicable in some modern law systems.

Finding treasure is a way to acquire ownership. The acquisition of ownership in Roman law took different forms by the passage of time. The methods of acquisition of ownership can be described as original (where the acquisition of ownership does not depend on there being a prior owner); or as derivative (where the acquisition of ownership depends on an owner). Some methods of acquisition of ownership are formal, where others are performed casually¹.

* Yasar University Faculty of Law, Dept. of Roman Law, e-mail: halide.turkoglu@yasar.edu.tr

¹ Borkowski A. & Du Plessis P. Textbook on Roman Law, 3.Ed., Oxford 2005, p. 182.

According to Gaius acquiring ownership can be classified as follow;

“Of some things we acquire ownership under the law of nations which is observed, by natural reason, among all men generally, of others under the civil law which is peculiar to our city. And since the law of nations is the older, being the product of human itself, it is necessary to treat of it first”².

Justinian accepted this distinction with some modifications. According to Justinian, the modes of acquisition were *ius civile* and *ius gentium* modes. *Ius civile* modes of acquisition were confined to those with *commercium* and of course with Roman citizens. On the other side, *ius gentium* modes of acquisition were applied to both Roman citizens and non-citizens³.

As can be seen, acquiring ownership of a treasure is accepted an *ius gentium* method of acquiring ownership. Treasure trove is a principle under which treasure found by anyone goes to him in whole or part under a number of conditions. Treasure (*thesaurus*) means valuables which have been hidden so long that their owner can no longer be discovered. What was included is not known for certain but most probably money, precious stones and metals were considered as treasure⁴.

All study of the Roman law treasure trove begins with the definition of treasure trove given by Paulus. According to Paul. Edict book 31 “Treasure is an ancient deposit of money, memory of which no longer survives, so that it is without an owner. For this reason it becomes the property of who has found it, because it has no one else. But if any one has hidden something for the sake of gain or because of fear or for security, it is not treasure trove. It may also be the object of theft”⁵.

Paulus speaks only of *pecunia*⁶. This is not a convincing attempt of definition. Money is interpreted in a wide sense, because it is obvious that treasure means jewellery and other valuables like gold caskets⁷. The Codex Theodosianus calls them *monilia* which seems to mean precious metals and stones and the like⁸. Justinian calls them *mobilia*⁹. Comparing it with the concept of money, even in wide sense, *mobilia* (movables) is too broad for sure. Also it is considered as a scribe’s error for *monilia* (valuables)¹⁰. In any case it means things of very special value¹¹.

² D.41.1.1pr.

³ Iust. Inst.2.1.1; Gai. Inst.2.65.

⁴ Burdick W. The Principles of Roman of Roman Law and Their Relation to Modern Law, 3. Ed., New Jersey 2004, p. 330.

⁵ D.41.1.31.1 “*Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat*”. The assertion that the treasure has no owner is certainly inaccurate, since as a rule there would be an owner according to the Roman law of succession, though he could not be identified: *non deficit ius sed probatio*. Further, *pecuniae* is faulty, as a treasure might consist, for example, of jewellery. *Depositio* is a clumsy expression, since treasure is not a *depositio pecuniae* but rather *pecunia deposita*. Schulz F. Classical Roman Law, Oxford 1951, p. 362.

⁶ Schulz, p. 362.

⁷ Borkowski & du Plessis, p. 193-194.

⁸ C.Th.10.18.2.

⁹ C.Iust.10.15.1.

¹⁰ Lee R. W. The Elements of Roman Law, with a Translation of the Institutes of Justinian 4. Ed., London 1956, p. 139.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

It is accepted that treasure is intentionally placed there, which would exclude an ornament accidentally dropped and dug up long after¹². This means, the treasure must have been secreted in land. It was not possible to acquire the ownership as treasure trove, of the objects which were lost by their owners. It was considered as *furtum* to demand the possession of such objects¹³.

Usually the aim of placement is concealment¹⁴. It cannot be guessed how ancient were the objects found. The main point here which should be kept in mind is that, there should be no means of finding any owner¹⁵. It was none the less treasure because, in the deposit, the name of the depositor was found, if it could not be said who represented him today¹⁶.

As mentioned above, according to D. 41.1.31.1 *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat*. "Treasure is an ancient deposit of money, memory of which no longer survives, so that it is without an owner". From this definition we understand that the object found is an ancient one. But this does not add a lot to the meaning. What makes it ancient? Which objects are considered as ancient?

First of all, the owner of the object found, must not be traceable, if he was traceable, the property was not treasure, and belonged to the owner unless he had abandoned it. An owner is more likely to be untraceable. Gratian, Valentinian and Theodosius (380 A.D) say: "A treasure-trove and jewellery hidden away in older times by unknown owners"¹⁷.

Most texts speak of it as found in land and no one suggests a right, as treasure, to what was found in a moveable¹⁸.

Justinian Institutes 2.1.39 "Following natural equity, the divine Hadrian granted to the finder treasure that he might find in his own land. He also laid down the same rule where one finds treasure by chance on sacred or religious ground. But if someone

¹¹ In Roman law, as far as we know, there is no restriction to gold and silver which is found in English Law. Carey Miller D. L. "Treasure Trove in Scots Law" in R. Van den Bergh ed., *Summa Eloquentia: Essays in Honour of Margaret Hewet*, Univ. of South Africa Press, p. 80.

¹² Buckland W. W. A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 3. Ed., Cambridge 1932, (2) p. 218.

¹³ Also, people who found objects that were lost by their owners, did not have the right to ask for a prize from the owners unlike our Civil law (Turkish Civil Code Art. 772/III). If a person who has found an object that was lost, keeps it and protects it for the benefit of its real owner, it is accepted that he acts under the institution of *negotiorum gestio* and he can demand his loss and expenses under *negotiorum gestio*. Leage R. W. Leage's Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justinian, 3. Ed. by A. M. Prichard, London, 1961, s. 143.

¹⁴ Sometimes things are placed as pious offerings too. Thomas, J. A. C. Textbook of Roman Law, Amsterdam 1976, p. 67.

¹⁵ D.41.1.31.1 speaks of it as having no owner. This makes it possible to regard the rule as a specially regulated occupatio. But C.Th.10.18.2 and C.Iust.10.15.1 speak of deposit *abignotis dominis*. Hill G. F. Treasure Trove in Law and Practice from the Earliest Times to the Present Day, Oxford 1939, p. 15 seq.

¹⁶ Nicholas B. An Introduction to Roman Law, Oxford 2008, p. 140.

¹⁷ C. Th.10.18.2.

¹⁸ Van Warmelo P. An Introduction to the Principles of Roman Civil Law, Cape Town 1976, p. 190.

finds treasure not because of deliberate search but by chance, on somebody else's land, he is awarded half by the owner of land¹⁹.

There is much controversy as to the juristic ground of the acquisition. Treasure belonged to the landowner on the principle of *accessio*, that is things in the land accede to it²⁰. It appears to have been irrelevant that the landowner did not know about the existence of treasure until it was found. In the early Empire, treasure seems to have been regarded for a while as belonging to the imperial treasury rather than to the owner of the land. The finder still had no rights²¹. The first taker of ownerless property (*res nullius*) becomes its owner by *occupatio*²². So a thing which had no traceable owner was much like one which had none, and this suggests *occupatio* and due to this solution, rules about *occupatio* can be also applied to treasure trove²³. The finder's share was justified on the analogy of *occupatio*. The finder was the first occupier of property. It was obviously acquisition by taking and it can hardly be doubted that the notion of *occupatio* played some part in it. But if it is *occupatio*, it is *occupatio* with special characteristics. It is confined to one person (the finder) like *specificatio*²⁴. In treasure trove, it can be thought that the finder acquire the ownership of the treasure, in a way like, acquiring ownership by creation of a new thing out of someone else's materials. The share that the landowner took was not acquired by *occupatio*; he acquired though he knew nothing about it. His share vested in him at once. It was not a case of obligation to hand over a share to the owner²⁵. It rested entirely on imperial enactment, based on natural equity²⁶, and it seems that *occupatio* must have been present in its nature²⁷.

¹⁹ According to Gaius, it is not right to accept that in all cases of *specificatio* there is a *condictio*. So, it would be more appropriate to accept that, where there is no other remedy, it would be given. De Zulueta F. The Institutes of Gaius, Part II, Oxford 1953, p. 80.

²⁰ Acquisition by adhesion is a natural acquisition. It is in simplest form, acquisition of property by its incorporation in what already belonged to the acquirer. It can be incorporation of moveables to moveables. If two moveable things united with each other, and one moveable turned to be the accessory of the other moveable thing, which turned to be the principle thing. Iust. Inst. 2.1.26. Buckland, (2), p. 208.

²¹ Borkowski & Du Plessis, p.194.

²² *Occupatio* is a *iure gentium* way of acquisition. The ownership is acquired by seizure of the ownerless thing. Iust. Inst. 2.1.12. Wild animals, and also *res derelictae* (abandoned things) can be subjects to *occupatio*. If a thing abandoned without the intention of recovery by its owner, it could be occupied by others. Buckland W. W. Elementary Principles of Roman of the Roman Private Law, Cambridge 1912 (1), p. 122.

²³ Ruddy F. S. "Res Nullius and Occupation in Roman and International Law", Univ. Of Missouri Law Review, V. 36, 1968, p. 248.

²⁴ Acquisition of a new thing by making it of materials wholly or partly another's is called *specificatio*. Buckland, (2), p. 215.

²⁵ D. 41.1.63 pr.

²⁶ Iust. Inst. 2.1.39.

²⁷ As to the finder's half, it rested on *inventio*, just as in *specificatio*, he makes the acquisition rest on *creatio*. The landowner's half was acquired, he holds, by *accessio*. But as he was regarded as acquiring only at the moment of finding, it was a strange kind of *accessio*. *Accessio* rests on addition of something to a unit of property. But this acquisition occurred at, and by the act of separation. As to what is finding, the acquirer was not the person who first saw it, but he who first got effective control, which recalls YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Our knowledge of classical law is not very rich. In Republic and early Classical law, a treasure was probably regarded as *pars fundi*. Digest 41.2.3.3 suggests that in the Republic, treasure belonged to the owner of the land, not as treasure, but as part of the land²⁸. In the Republic, it seems that the finder had no right unless he was the landowner. In the *Principatus* period, different emperors (*princeps*) brought different solutions on this matter:

During the reign of Augustus (27 BC.-14 AD.), treasure trove is accepted as the property of *aerarium* (treasury of the State). It is thought that Nero (54-68) accepted that in principle all treasure belonged to the *fiscus*²⁹, though such a rule would be quite in accordance with the financial policy of the time, it is not for certain³⁰. It involves assignment of the treasure to a known past owner, whose rights had vested in the Roman State. The present owner was therefore known³¹. According to emperor Vespasianus (69-79), treasure trove belonged to *aerarium*. We are told that the Emperor Nerva (96-98) decreed that treasure should in all cases go to the owner of the land³².

Under the constructions of Hadrian, the treasure trove fell to both the finder and the owner of the land. According to this regulation, both the finder and the owner of the land can get equal shares from the treasure³³. Hadrian legislated comprehensively. He provided that if a man found treasure on his own land, it was his³⁴. The same rule was applied if he found treasure by chance (*fortuito*) on land which *solum sacrum* (consecrated property) or *religiosum* (tomb/burial area)³⁵. If he found it on another's land, by chance, he shared with the owner, with Caesar if the land were Caesar's. Justinian continued that it was consistent with this that if he found it on land of a city or the *fiscus*, half should go to these. If the finding was the result of a deliberate search, the finder had no right, but the owner of land took all³⁶. Although this rule discouraged trespassing, it could be said to have penalized the use of initiative on the part of the finder. What happened if the land had no owner is not clear. M. Aurelius and Verus provided that where treasure was found on public or religious or Caesar's land, or *in monumentis*, half should go to the *fiscus*, half to the finder, provided he duly reported

occupatio. It does not seem necessary that he should intend to acquire it, which differs from the rule in that case. Hill, p. 39.

²⁸ A passage in Plautus brings the same solution. Plautus, Trin. 150.

²⁹ *Fiscus*, is the treasury of the emperor. It was not the property of emperor but it was entrusted to him and controlled by him. The emperor had the right and also it was considered as his duty, to dispose of the fiscal revenues only for public welfare. The main revenues of the *fiscus* were from the imperial provinces; senatorial provinces also provided important revenues for the *fiscus*. Berger A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, p. 473.

³⁰ Sueton. Nero, 31; Tacit. Ann. 16.1.

³¹ Nicholas, p. 140.

³² C. Th. 10.18.1.

³³ Van Warmelo, p. 191.

³⁴ Iust. Inst. 2.1.39.

³⁵ Tombs and burial grounds were considered as *res religiosae* in Roman law. The coöercial dealing with them were forbidden. The rules under which land became *religiosum* were strict and precise. Gai. Inst. 2.6; Iust. Inst. 2.1.9.

³⁶ C. Just. 10.15.1.3.

it, otherwise all to the *fiscus*. But there was no duty to report where the *fiscus* would not have any claim³⁷.

Constantine (313-337) lays down a rule like that of M. Aurelius and Verus, but he does not say anything about the place of discovery³⁸. Presumably he means any land in respect of discovery on which *fiscus* had a claim under existing legislation. Late in the fourth century there was further legislation apparently lessening the rights both of *fiscus* and of the landowner, but Justinian does not preserve this³⁹.

There were further changes in the later Empire, some of them influenced by the conversion to Christianity. For example a constitution of A.D. 480 dealing only with private lands, allows a finder to keep all he finds on his own lands, even on search, provided he used no sacrifices or forbidden arts, and a half of what he finds, by chance, on another's land⁴⁰. This means, if the finder of the treasure used pagan rites to aid his search, he would not have the treasure found on his land. If he did not use any forbidden arts or sacrifices then, what he finds there on search goes wholly to the landowner. This agrees with Hadrian's rule, stated in the Institutes, so that, as to private lands, Justinian's rule is that of Hadrian. But as to what may be loosely called public land, he preserves both Hadrian's rule and that of M. Aurelius and Verus and they do not agree⁴¹. Where the discovery is on land which has no owner, Hadrian gives all to the finder, while the other rule gives half to the *fiscus*, and where it is on land belonging to cities (*publica loca*), Hadrian gives half to the city, as to other owners, while the other rule suppresses the right of the city and gives half to the *fiscus*⁴².

A usufructuary was not owner, and thus if he found treasure on the land he got only the finder's half and not even a usufruct in the other half⁴³. A pledge in possession had only the finder's half. But where he had, before the finding, taken the proceedings established by Severus for having the property declared his, the rule was that if the property had been assigned to him, and the time within which the debtor could get the foreclosure set aside had elapsed, he was owner and took the whole⁴⁴. If it was

³⁷ D.49.14.3.11.

³⁸ C. Th.10.18.1.

³⁹ C.Th.10.18.2.3 The owner has only a quarter, and apparently the *fiscus* has no claim where treasure is found by chance on fiscal lands. Kaser M. Roman Private Law, 2. Ed. Transl. by R. Dannenbring, London 1968, p. 81.

⁴⁰ C.Iust.10.15.1.(Leo).

⁴¹ D.49.14.3.10; Inst.2.1.39.

⁴² One account of Hadrian's legislation in a non legal work (*Vita Hadriani*, 18) says that if treasure is found in any public place which seems by the contest to mean any place not privately owned, half goes to the *fiscus*, that is the owner's half, agreeing on this point with the rule of M. Aurelius and Verus, but not with Institutes. But the account is inaccurate: it speaks of a duty in the finder to give a share to the landowner, but the share vests in the landowner by finding. In systems of law which have had to apply these rules in practise, it seems to have been generally held that the rule of M. Aurelius and Verus, being the later, must be applied. Mackeldey F. Handbook of the Roman Law, V. 1, Philadelphia 1883, p. 115.

⁴³ Usufruct was the right to use another's property without changing, giving harm to its substance and to take its fruits. In response to these rights, usufructuary had the duty to preserve and protect the property. Borkowski & Du Plessis, p.172.

⁴⁴ Buckland, (2), p. 221.

after he had begun to hold as owner, but while the debtor might still redeem, he would have the finder's half if the debtor ultimately did redeem, otherwise the whole⁴⁵.

In most of feudal Europe, treasure trove was reserved to the Crown as the ultimate owner of all land (*quod nullius est, fit domini regis* - which belongs to nobody falls to the Crown). The Crown's claim to the treasure trove became, according to Hugo Gratius, as the feudal system spread over Europe and the king was looked on as the ultimate owner of all lands, as common and universal right (*ius commune et quasi gentium*) in England, Germany, France, Spain and Denmark⁴⁶. In England and also in Scotland, the right to treasure trove is still in the Crown, which may grant it as a franchise. According to this, money, coin, gold, silver, plate or bullion found hidden in the earth or in the other private places and the owner being unknown, belong to the crown. Also if it is found in the sea or upon the earth, it does not belong to the crown, but to the finder. *Leges Henrici*, compiled about 1114-1118 AD. contain the first statement on treasure trove in England⁴⁷.

The Crown can claim any object or coin found in Scotland under the laws of *bona vacantia* (ownerless good)⁴⁸, because all portable antiquities are subject to Scots Common law of treasure trove and *bona vacantia*⁴⁹. These laws apply to things that have been discovered recently and also to the other old ones which have not been reported for a long time, whether they have been found by chance or by metal detecting, by field walking or by archaeological excavation⁵⁰. Finders have no ownership rights to any find they make in Scotland and all finds⁵¹. Scots treasure trove system has some differences from the British system. The most important differences are that; unlike the British system, Scots treasure trove system is not restricted to items of precious metal and there is no requirement to prove that objects were hidden with intent to recover. And Scots treasure trove system excludes landowners from any involvement since they do not have any rights of ownership over antiquities from their land⁵².

In the United States, it would seem that the law relating to treasure trove has been merged into the law of finder of lost property⁵³. Even though, the laws of treasure trove differ from State to State, there are some certain general principles. In order to be accepted as a treasure trove, the object must be gold or silver or paper money, as paper money represents gold or silver⁵⁴.

⁴⁵ D.41.1.63.4.

⁴⁶ Saville A. "The Law and Practice Regarding Coin Finds- The Treasure Trove System in Scotland- An Update", *Compte Rendu*, V.55, 2008, p. 23. (1).

⁴⁷ Saville A. "Treasure Trove and Metal Detecting in Scotland" in *Metal Detecting and Archaeology*. Heritage Matters, Suffolk 2009, p.88. (2).

⁴⁸ Saville, (1), p. 23.

⁴⁹ The operation of this system is also affects Scots Criminal Law, including the common law of theft.

⁵⁰ Saville A. (2), p. 89.

⁵¹ Carey Miller, p. 76.

⁵² Hill, 260-2; Saville (1) p. 24.

⁵³ Bland R. "The Treasure Act and Portable Antiquities Scheme: A Progress Report", *Art. Antiquity and Law*, V.4, 1999, p. 192; Kyrs R. "Treasure Trove under Anglo-American Law" *Anglo-American Law Review*, V. 11, 1982, p. 215.

⁵⁴ Kyrs, p. 222.

In Turkish Civil Code treasure trove is regulated in Article 772. Turkish Civil Code accepts the principles brought by Roman Law on treasure trove. According to Turkish Civil Code, treasure is defined as precious things, which have been buried or hidden a long time before their discovery or finding and are considered as ownerless⁵⁵. Treasure is acquired by the owner of the immovable or moveable in where the treasure is found by means of law, unless precious things such as money, coin, gold and silver do not have an antique value.⁵⁶ If the treasure has been discovered in a property, by a person other than the owner of the property, he may also request an appropriate prize not more than half of the value of the treasure found⁵⁷.

For the objects having scientific or antique value, different rules are applied. Antique objects belong to the State⁵⁸. According to the Code on Protection of Cultural and Natural Materials⁵⁹, anyone who has found an object having scientific or antique value, must give permission for the necessary excavations to be done on his property, on condition that he is been compensated his damages and loss. To excavate for the purpose of finding antique values, Council of Ministers' and Ministry of Arts and Culture's permission is needed⁶⁰.

Modern interests in archaeology demand that any discovery of antiquities be reported and that the State have the chance to secure the discovered objects for public inception and study. According to this, in Article 773 of Turkish Civil Code, it is said that, for the discovery of antiquities private provisions are applied. Antiquities must be immediately handed over to the State. Finders of the antiquities may ask a proper award from the State. The purpose of Treasure trove law at present day is to ensure that the findings be reported, so that objects of antiquarian value can be preserved for the enjoyment and educational value of the public.

The biggest problem that Turkey faces nowadays is about the handing over of the antiquities. There are many historical treasures in famous museums all around the world, found in Turkey and taken away from Turkey. The agreements made at those times, make the handing over of these treasures impossible.

BIBLIOGRAPHY

- Berger A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.
 Bland R. "The Treasure Act and Portable Antiquities Scheme: A Progress Report", Art, Antiquity and Law, V. 4, 1999, pp. 191-203.
 Borkowski A. & Du Plessis P. Textbook on Roman Law, 3. Ed., Oxford 2005.
 Burdick W. The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, 3. Ed., New Jersey 2004.
 Buckland W. W. Elementary Principles of the Roman Private Law, Cambridge 1912. (1)

⁵⁵ TCC. Art. 772 (Obsolete Civil Code Art. 696).

⁵⁶ TCC Art. 772/II (Obsolete Civil Code Art. 696/II).

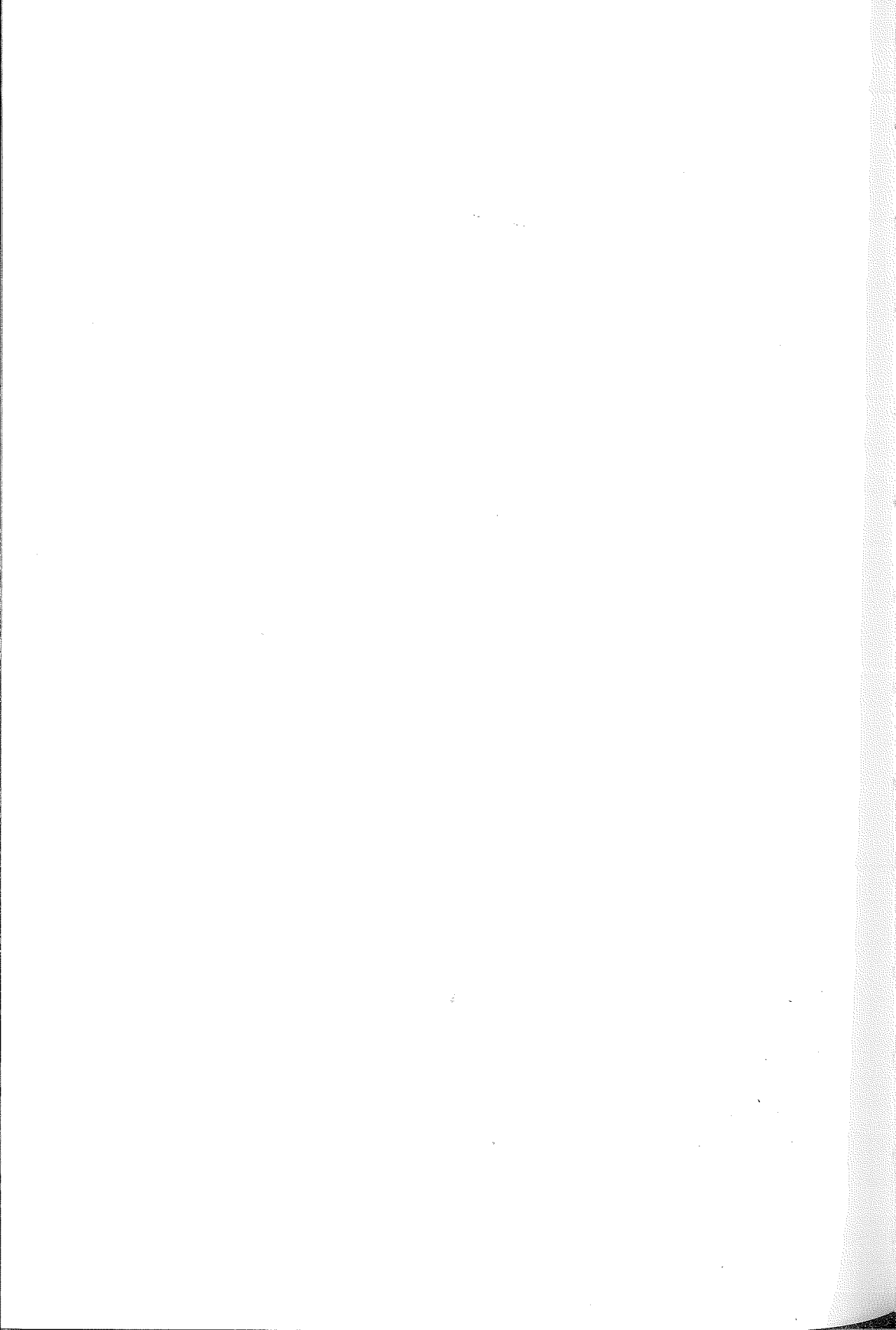
⁵⁷ TCC Art. 772/III (Obsolete Civil Code Art. 696/III).

⁵⁸ TCC Art. 773 (Obsolete Civil Code Art. 697).

⁵⁹ Date 21.7.1983 Nr.2868 (Off. Gaz. 2.7.1983 Nr.18113).

⁶⁰ Code of Art. 35.

- Buckland W. W. A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 3. Ed. Cambridge 1932. (2)
- Carey Miller D. L. "Treasure Trove in Scots Law" in R. Van den Bergh ed., *Summa Eloquentia: Essays in Honour of Margaret Hewet*, Pretoria: Univ. of South Africa Press pp. 75-89.
- Carman J. Valuing Ancient Things: Archaeology and Law, New York 1996.
- Hill, G F. Treasure Trove in Law and Practice from Earliest Time to the Present Day, Oxford, 1939.
- Kaser M. Roman Private Law, 2. Ed. Transl. by R. Dannenbring, London 1968.
- Krys R. "Treasure Trove under Anglo-American Law", *Anglo-American Law Review*, V. 11, 1982, pp. 214-240.
- Leage R. W. Leage's Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justinian, 3. Ed. by A. M. Prichard, London 1961.
- Lee R. W. The Elements of Roman Law, with a Translation of the Institutes of Justinian 4. Ed., London 1956.
- Mackeldey F. Handbook of the Roman Law, V.1, Philadelphia 1883.
- Nicholas B. An Introduction to Roman Law, with a Foreword, Revised bibliography, and Glossary of Latin terms by E. Metzger, Oxford 2008.
- Ruddy F. S. "Res Nullius and Occupation in Roman and International Law", *VUnv. Of Missouri Law Review*, V.36, 1968, pp.247-287.
- Saville A. "The Law and Practice Regarding Coin Finds- The Treasure Trove System in Scotland- An Update", *Compte Rendu*, V. 55, 2008, pp.13-17. (1)
- Saville A. "Treasure Trove and Metal Detecting in Scotland", in *Metal Detecting and Archaeology. Heritage Matters*, Suffolk 2009, pp. 87-98.(2)
- Spiller P. A Manual of Roman Law, Durban 1986.
- Schulz F. Classical Roman Law, Oxford 1951.
- Thomas J. A. C. Textbook of Roman Law, Amsterdam 1976.
- Van Warmelo P. An Introduction to the Principles of Roman Civil Law, Cape Town 1976.



DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN YÜK TAŞIMALARI (KARMA TAŞIMALAR) VE TAŞIYANIN SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ BAZI MESELELER (ROTTERDAM KURALLARI VE YENİ TİCARET KANUNU'NUN HÜKÜMLERİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)
(CERTAIN PROBLEMS CONCERNING LIABILITY OF THE CARRIER IN MULTIMODAL CARRIAGE OF GOODS (A COMPARATIVE STUDY ON ROTTERDAM RULES AND NEW COMMERCE ACT))

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Bülent SÖZER*

ÖZET

Taşıma ortamı olarak, taşımanın üzerinde veya içinde yapıldığı doğal/fizikî alt-yapı/çevre anlaşılır ve dolayısı ile de denizyolu, karayolu, havayolu ve demiryolu ayırımı yapılır. Birden fazla ortamda gerçekleştirileceği öngörülen taşomalar, *multimodal taşıma* olarak anılır. Konu uluslararası alanda 2009 Rotterdam Konvansiyonu ile düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda ise (yeni) Türk Ticaret Kanunu'nun 902-905. md. leri bu konuda hüküm içermektedir. Makalede ilgili kuralların mukayeseli incelemesi ve özellikle taşıyanın sorumluluğunu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Taşıma, taşıyanın sorumluluğu, karma taşımalar, Rotterdam Kuralları.

ABSTRACT

Mode of carriage defines the natural/physical infrastructure/environment and the term refers to carriages by sea, land, air and rail. Carriage of goods through or on several modes are called multimodal transport. The subject has been dealt with in Rotterdam Rules 2009. In Turkish law, New Turkish Commerce Act regulates this subject in provisions contained in articles 902 thru 905. This article examines the related rules and particularly the liability of the carrier.

Keywords: Carriage, liability of the carrier, multimodal transport, Rotterdam Rules.

I. GİRİŞ

1. Genel Olarak

Taşıma, bilindiği surette, bir yer değiştirme faaliyetini ihtiva eder. Daha pratik bir ifade ile taşıma, insanların veya eşyanın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesidir. Bu tarifi, taşıma hukukunun deyimleri ile tekrarlayacak olursak, taşıma yolcunun veya yükün bir yerden bir başka yere nakledilmesidir şeklinde verebiliriz¹.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: bsozer@superonline.com

¹ Bu makalede sadece yük taşımaları ele alınacaktır.

Taşımada, iki fizikî unsur önemli rol oynar: Taşımada kullanılan araç² ve taşımanın yapıldığı ortam. Diğer bir tanım ile, yer değiştirme faaliyetini gerçekleştirecek olan taşıt ve bu taşıtın üzerinde hareket edebileceği alt yapı.

Tabii, ikinci unsur daha önemlidir, çünkü taşımanın yapılacağı ortam, taşımada kullanılacak aracın seçimini etkilemektedir.

Taşımanın altyapısını, tabiatındaki üç ana unsur sağlar; yani kara, deniz ve hava. Taşıma, tabiatındaki bu üç ana ortamdan birisinde, yani ya karada, ya denizde, ya da havada yapılır. Bu tabii ortamlardan bir tanesine, yani karaya, sun'i (yapay) bir ortam eklenerek dördüncü bir ortam, yani demiryolu ortaya çıkarılmıştır.

İngilizce'de taşımanın, yararlanılan altyapı, ya da fizikî unsur bakımından türlerinin ayırt edilmesi için *mode*³ deyimi kullanılmaktadır: *Modes of Carriage* veya *Modes of Transportation*. Bu suretle, taşımanın karada mı, denizde mi, havada mı ya da demiryolunda mı yapıldığı açıklanmış olur.

Konuya biraz daha hukukî açıdan yaklaşılacak olursa, münferit taşıma sözleşmelerinin tarifinde, genel olarak, şu kavramların kullanıldığını görmekteyiz:

Taşıma sadece, meselâ karayolu ile veya denizyolu ile yapılmakta ise ve sadece tek bir araç kullanılarak tamamlanacak ise, buna *unimodal* taşıma denir.

Taşıma *unimodal* olmakla beraber, aynı türden olmak şartı ile (meselâ, gemi), yük bir kaç araç kullanılarak, yani bir araçtan bir diğerine (meselâ bir gemiden diğerine) aktarma edilerek gerçekleştirilecek ise, buna *through transport* adı verilmektedir.

Through transport genellikle aynı taşıyan tarafından yapılarak tamamlanır. Eğer taşımanın birden fazla taşıyan tarafından, yine hep aynı tür araç kullanılarak, yükü birbirlerine aktarma ederek yapılması öngörülmüş ise, bu *successive transportation*, mütevali (peş peşe) taşıma olarak anılır⁴.

2. Multimodal Transport

Nasıl insanoğlu teknolojiyi kullanarak, karayoluna yapay bir unsur ekleyip, demiryolu ile taşımayı yarattı ise, bir de hukukî unsurdan yararlanıp, birden fazla taşıma altyapısı üzerinden yapılan taşıma yöntemi geliştirdi. Diğer bir deyişle, yüklerin hem denizyolu

² Doktrinde, bir görüşe göre, herhangi bir yer değiştirme faaliyetinin, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, mutlaka bir araç kullanılarak icrasının şart olmadığı ileri sürülmektedir ve dolayısı ile de insanların ve/veya eşyanın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesinin bedeni kuvvet kullanılarak gerçekleştirilmesinin de taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kabul edilebilmektedir. Bu görüşün tabii sonucu olarak, araç kullanımı taşıma sözleşmesinin unsurlarından sayılmamaktadır (ARKAN, Sabih, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s. 12). Navlun sözleşmelerinde ise, *gemi* akdin unsurlarından bir tanesidir, ETK. md. 1016 (ÇAĞA/KENDER, 2-3), YTK. md. 1138. Kanaatimizce, araç kullanılması, taşıma sözleşmesinin ana unsurlarından bir tanesidir ve esasında Taşıma Hukuku, araç kullanılarak yapılan taşıma sözleşmelerini düzenler; SÖZER (Deniz), 472, 480 vd.; ayrıca bkz. SÖZER (Havayolu), 7, 15 vd.; keza bkz., CAN, Mertol, "4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabii Olduğu Hukukî Esaslar", IX *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-2, 11-63, s. 14.

³ İşaret edelim ki, *mode* ile *medium* kavramlarını ayırt etmek lâzımdır; *mode* gerçek anlamı ile fizikî ortamı ifade etmek için kullanılmaktadır; *medium* ise, aynı fizikî ortamın değişik hallerini ifade etmeye yarar, meselâ, deniz gemisinin iç sulara geçişinde olduğu gibi, bkz. GLASS, 272 dn. 368.

⁴ De WIT, 18.

lu, hem karayolu, hem de havayolu kullanılarak veya kısmen denizyolundan, kısmen demiryolundan, kısmen de havayolundan taşındığı bir tür ortaya çıkarıldı: *Multimodal Transport* yani çok modlu taşıma veya uygulamada daha çok anıldığı gibi, *karma taşıma* veya *kombine taşıma*⁵.

Anlaşıldığı üzere, karma taşımayı ayırt etmekte kullanılacak kriter, taşımanın üzerinde -veya içinde- yapıldığı fizikî unsurdur, yani deniz gibi, hava gibi, demiryolu gibi. Yoksa, bazı tariflerde rastlandığı üzere, taşımada kullanılan araç değildir.

Bu bakımdan, karma taşımanın tarifini basit bir şekilde yaparken, yüklerin kısmen denizyolu ile, kısmen karayolu ile, kısmen demiryolu ile taşınması demek doğrudur⁶. Yoksa, yüklerin kısmen gemi ile, kısmen kamyon ile, kısmen tren ile taşınması şeklinde verilecek tarif hatalı olur. Ama, işin pratik yönüne bakıldığı zaman, sonuç bu şekilde yansımaktadır, o da başka⁷.

Diğer taraftan, taşımanın araç değiştirilerek, yani aktarma sureti ile, aynı ortamda yapılması da karma taşıma sayılmaz; meselâ, Hamburg'a götürülecek yüklerin İstanbul'dan bir gemiye yüklendikten sonra, önce İzmir'de bir başka gemiye, daha sonra da Rotterdam'da diğer bir gemiye aktarılarak taşınması, karma taşıma anlamına gelmez⁸.

"Karma Taşıma" her zaman vardı. Fakat, hukukî bir kavram, *konsept*, olarak, *ekonomik açıdan* bakıldığında, taşıma sektöründeki iki baş aktörün, yani taşıtanlar ile taşıyanların zamanla artan *işlem maliyetine* çare bulmak için yaptıkları çalışmalar sonunda gelişti ve kendine has belli kuralları yaratıldı. Uluslararası ticaretteki artış ile ortaya çıkan veya daha da çoğalan sorunlar da ilgililerin çözüm yaratmakta ellerini çabuk tutmaları için bir başka sebep oluşturdu. Dünyanın değişik yerlerinde taşıyan bulunması, tek tek taşıma sözleşmeleri yapılması, her bir münferit taşıma için belgeler düzenlenmesi, taşıma işlerini düzenleyen birçok uluslararası konvansiyonun ve/veya millî mevzuatın aradığı çeşitli bilgilerin bu belgelere yazılması, belgelerin tasnifi ve saklanması ve sözleşmelerden doğan hak ve borçların takibi vs. vs. Bütün bu işlemlerin getirdiği dolaylı maliyetler, hem taşıyanlara ve hem de taşıtanlara giderek artan ciddi külfetler yüklemeye başladı ve buna paralel olarak da çözüm arayışları hızlandı.

Pratik açıdan bakıldığı zaman ise, karma taşımaların önemli bir ilham kaynağının -veya itici gücünün- "Container" olduğu söylenebilir. Deyim yerinde ise, container, karma taşımaların hem anası ve hem de yavrusu, veya hem ebesi ve hem de evladı olmuştur. Daha çağdaş bir ifade ile söylemek gerekirse, container ile karma taşıma büyük bir *sinerji* yaratmıştır. Container ile taşıma yaygınlaştıkça, karma taşımalar gelişmiş ve bunun için kurallar koymak ihtiyacı doğmuş, karma taşımalar ile ilgili hukukî düzenleme yapıldıkça da, container ile taşıma artmıştır.

⁵ Taşımacılık camiasında daha çok "Karma Taşıma" kullanıldığı için, biz de bu deyimle yer vermeyi uygun gördük.

⁶ Doğru deyim tesbiti için, hükümlerini aşağıda inceleyeceğimiz United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods ile Rotterdam Kuralları'nın başlığına bakmak yeterli olacaktır; mamafih, ayrıca da bkz. ÖZDEMİR, 81, 86.

⁷ *de Wit*, tanımda asıl olan kriterin taşımanın yapıldığı ortam olmakla birlikte, taşıma aracının da dikkate alınmasının daha doğru olacağı görüşündedir, De WIT, 171.

⁸ ÖZDEMİR, 85.

Container ile yürütülen taşımaların çok büyük bir yüzdesi deniz yolu ile yapılan nakliyatta cereyan ettiği için, karma taşımalar ile ilgili hukukî düzenlemelerde de, deniz yolu ile yapılan yük taşımalarına ilişkin prensipler hâkim olmuştur, veya en azından bunların esin kaynağını teşkil etmiştir.

3. Terminoloji

Bizde daha çok *karma taşıma* diye anılmakta olan, bazen de *kombine taşıma* diye adlandırılan bu taşıma türüne, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, İngilizce’de *multimodal transport* denmektedir. Gerçi zaman zaman *combined carriage* dendiğine de rastlanmaktadır.

Türkçe’de ne kullanmalıyız ? Ya da, kavramı doğru ifade edebilmek için, nasıl bir deyim seçmeliyiz ? Doktrinde, *Değişik Tür Taşıtlarla Yapılan Taşıma* deyimini kullanıldığı gibi *Karma Taşıma* deyiminin kullanıldığı da görülmektedir⁹.

YTK. nda, Dördüncü Kitap’ın Dördüncü Kısmı *Değişik Tür Araçlarla Taşıma* başlığını taşımaktadır.

Burada dikkat edilecek olan, söz konusu kategori taşımanın ayırt edilmesinde esas alınan kriterin, kullanılan araç türü olmayıp, taşımanın yapıldığı fizikî ortam, veya doğal altyapı olduğudur. Taşıma sözleşmesinin tarafları, yükün ne tür araçla veya araçlarla taşınacağını değil fakat hangi ortamlardan geçilerek tamamlanacağını müzakere ederler: ‘A’ noktasından ‘B’ noktasına karayolu ile, ‘B’ noktasından ‘C’ noktasına denizyolu ile ‘C’ noktasından ‘D’ noktasına demiryolu ile gidilecek şekilde. Demek oluyor ki, seçimi etkileyen araç ile ilgili tercih değil, taşıma ortamı ile ilgili tercih olmaktadır.

Ama, daha önce de söylediğimiz gibi, uygulamada, tabiatın getirdiği şartlar dolayısıyla ile, fizikî ortam araç seçimini etkiler ve taşıma -örnekteki sıraya uygun olarak- kamyon, gemi ve tren kullanılarak yapılmış olur. Fakat, işin bu pratik yönü, hukukî niteliği ve tarifi değiştirmez.

Taşımanın üstünde -veya içinde- yapıldığı fizikî/doğal altyapı -veya ortam- esas faktör olduğuna göre, taşıma türünün adını da ona göre seçmemiz isabetli olacaktır. Bu durumda bizim kullanacağımız ve kullanılmasını da önereceğimiz deyim *Değişik Ortamlarda Yapılan Taşımalar* veya *Birden Fazla Ortamda Yapılan Taşımalar* olacaktır. Bununla beraber metinde, zaman zaman değişik ortamlarda yapılan taşımalar deyimine alternatif olarak *karma taşımalar* deyimini de kullanacağız.

4. Çalışmanın Amacı ve Planı

Bu çalışmamıza önce değişik ortamlarda yapılan taşımalar ile bu taşımaları düzenleyen kurallara egemen olan prensipler hakkında teorik açıdan kısa bir açıklama yapmakla başlayacağız. Bu arada, değişik ortamlarda yapılan taşımaların uluslararası alanda düzenlenmesine ilişkin çalışmalara da işaret edeceğiz.

Multimodal taşımaların uluslararası alanda düzenlenmesine ilk olarak, 1980 tarihli Cenevre Konvansiyonu¹⁰ ile teşebbüs edilmiştir. Bu Konvansiyon, yeterli sayıda onay almadığı için, henüz yürürlüğe girmemiştir ve görünüşe göre yürürlüğe girmesi

⁹ ARKAN (Batider), 27-47; ARKAN (Akipek Armağanı), 341-358.

¹⁰ *United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods*, Cenevre 24 Mayıs 1980. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

ihtimali de kalmamıştır. Bununla beraber, multimodal taşıma sistemini yansıtan bir metin olması dolayısı ile, kısa da olsa, değinmekte yarar görmekteyiz. Kaldı ki, uluslararası değişik ortamlarda yapılan taşımalar büyük oranda bu Konvansiyon'un temel prensiplerine uygun şart ve hükümler içeren sözleşmeler ile icra edilmektedir. Bu açıdan bakılınca, Konvansiyon'un, genel olarak, taşımacılık camiası tarafından benimsenip, zımnen veya dolaylı surette, uygulamaya konulmuş olduğu söylenebilir.

Daha sonra, Rotterdam Kuralları'nın ¹¹ ilgili hükümlerini inceleyeceğiz. Ne var ki, Rotterdam Kuralları da henüz yürürlüğe girmemiştir. Ne zaman yeterli sayıda devlet tarafından onaylanıp yürürlüğe gireceği hakkında her hangi bir tahminde bulunmak da kolay değildir ¹².

Ayrıca ve yine halen yürürlükte olmayan, fakat hiç olmaz ise, ne zaman yürürlüğe gireceği bilinen bir metin olarak, YTK. nun "Değişik Tür Araçlar ile Taşıma" başlığı altında yer alan 902-905. maddelerini inceleyeceğiz.

II. DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN TAŞIMALARA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

1. Değişik Ortamlarda Yapılan Taşımalara İlişkin Sözleşmelerin Yapısı ve İşlem Maliyeti

Sözleşme, ekonomik değerlerin ve ihtiyaçların yasal yollardan değişimi/temini için kullanılan -hukuk düzeninin yarattığı- araçtır; diğer alternatif, hukuka aykırı yollardır, kaba kuvvettir.

Sözleşmeler Hukuku, *Akit Serbestisi* veya *Sözleşme Özgürlüğü* başlığı altında ifade edilen *bireysel tercih özgürlüğüne* en fazla yer verilen alandır. Sözleşme, ticaretin alt yapısı olduğu gibi, Sözleşmeler Hukuku (Borçlar Hukuku) da ¹³ Ticaret Hukuku'nun alt yapısıdır.

Sözleşmeler, özellikle taşımacılık alanında, büyük çoğunluğu itibarı ile, uygulamanın getirdiği şartlar ve çizdiği ana hatlar içinde şekillenir, hukuk da bunları, akit serbestisinin sınırları içinde kabul edebileceği gibi ¹⁴, gerektiği takdirde ve gerektiği ölçüde yazılı metinler haline getirir. Uygulamayı ise, ihtiyaçlar belirler.

Değişik ortamlarda yapılan taşımalar için kurulan sözleşmeler de, bu şekilde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Meseleye konumuz açısından bakıldığında, aşağıda kısaca temas edilecek olan 1980 Cenevre Konvansiyonu ve özel olarak da Rotterdam Kuralları, hukukun ihtiyaçlara yazılı kurallar ile çözüm getirme aşamasına geldiğini kabul ettiği aşamayı göstermektedir.

Uluslararası ve bilhassa kıtalararası taşıma faaliyetinin artması ve buna bağlı olarak taşıma sektörünün gelişmesi ve değişik ortamlarda yapılan taşımaların çoğal-

¹¹ *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Rotterdam 23 Eylül 2009.

¹² Bu metnin kaleme alındığı sırada (Haziran-Temmuz 2011), Konvansiyon sadece İspanya tarafından onaylanmıştır.

¹³ Kast ettiğimiz hukuk dalını, Sözleşmeler Hukuku başlığı altında zikredip, Borçlar Hukuku'ndan ayırt etmemizin sebebi, Borçlar Hukuku'nun ve dolayısı ile Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri de ihtiva etmesi ve bu alanlarda sözleşme hürriyetine yer verilmemesidir.

¹⁴ İsimli sözleşmeler bakımından olduğu surette.

ması ile birlikte ortaya çıkmaya başlayan ciddi problemlerden bir tanesi de tek bir taşıma işlemi için birden fazla taşıyanın bulunması ile birlikte birden fazla taşıma sözleşmesi yapmak zaruretinin yol açtığı sıkıntılar olmuştur. Birden fazla taşıyan ile sözleşme yapılması için gereken bağlantıların kurulması, müzakerelerin yapılması, sözleşmelerin kurulması ve taşıma belgelerinin düzenlenmesi için gerçekleştirilecek olan işlemler ve özellikle de bu işlemlerin ortaya çıkardığı malî külfet, yani *işlem maliyeti* (transaction cost) ¹⁵, her iki tarafın da dolaylı giderlerinde (over-head costs) ciddi oranda artış meydana getirmeye başlamıştır ¹⁶.

Yük taşımak isteyen kişi -ki 1980 Cenevre Konvansiyon'un kullandığı deyim ile *consignor* ve Rotterdam Kuralları'nın kullandığı deyim ile *shipper* olarak tanımlanmakla beraber, bu çalışmada, mensubu olduğumuz branşta kullanılan kanunî deyim ile, *taşıtan* olarak anılacaktır- bizzat veya temsilcisi aracılığı ile her bir bacak için birden fazla taşıyan ile tek tek sözleşme yapacak veya bu sözleşmeleri onların adına davranan yetkili temsilciler ile kuracaktır. Bu durumda, taşıtanın karşısında birden fazla âkit taraf bulunmakta ve buna bağlı olarak da, birden fazla hukukî düzenleme olmaktadır. Birden fazla taşıma sözleşmesi söz konusu olduğu için, velev bir taşıyan taşımanın bütün bacakları için taşımayı taahhüt etse dahi, yapılacak birden fazla sözleşme hem zaman, hem bilgi gereği ve hem de işlem bakımından, sıkıntı kaynağı teşkil ettiği kadar, maliyet unsuru da yaratmaktadır.

Ayrıca eklemeye gerek yoktur ki, bu durum, bir tek sevkiyat için, birden çok kaynaktan doğan ve farklı içerikleri olan haklar ve borçlar ortaya çıkarmaktadır ve bunların takibi de hem zaman ve hem de maliyet unsuru açısından, çoğu halde ciddi boyutlara ulaşabilmektedir.

Diğer bir ifade ile ve işe uygulama açısından bakarak söylemek gerekirse, taşıtan için esasında tek bir işlem olarak görülen bir taşıma sözleşmesinin değişik aşamalarında, yükün taşıyana tesliminden başlayarak, gönderilene hasarlı veya geç tesliminde veya hiç teslim edilmemesinde söz konusu edilebilecek değişik akdî veya objektif hukuk kurallarının bulunması kadar; zarara yol açan olayın, taşıma işleminin hangi aşamasında vaki olduğunun, sorumlusunun tayininin, davanın açılmasının, zararın isbatının ve benzeri bir çok meselenin hallinin değişik kurallara bağlı olması, taşıtanlar ve diğer yüklerle ilgililer -özellikle sigortacılar- için ciddi problemlere yol açmaktadır.

Bu gibi problemlerin asgariye indirilmesi için düşünülen çare olarak, *tek odaklı* bir sistemin yaratılması olmuştur. Sistemi, kaçınılmaz olarak, birden fazla *birim* (component/element) oluşturacaktır ama, tüm işlemler ve hukukî ilişkiler tek bir odakta toplanacaktır. Diğer bir deyişle hal çaresi olarak, *tek taşıyan* üzerine kurulu bir sis-

¹⁵ *Transaction costs*, çok genel çizgileri ile, akdî ilişkilerin yürütülebilmesi için gereken masraflar olarak tanımlanmaktadır (costs of running the contractual relations.); gerçekten de, her işlemin gerçekleştirilmesi, bir masrafı icab ettirir. Serbest piyasa rejiminde, işlem maliyetleri ne kadar az olursa, tarafların o oranda daha yararlı sonuçlar elde etmeleri imkânı doğar. Bkz. BURROWS, Paul and VELJANOVSKI, Cento G. (eds.), *The Economic Approach to Law*, Butterworths, London 1981, s. 62; MATTEI, Ugo, *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998, s. 54-55.

¹⁶ Bazen basit bir kira sözleşmesinin yapılması dahi hem vâkit ve hem de nakit olarak sıkıntı yaratabilmektedir. Dikkat edilecek olursa, bankalar bireysel kredi reklamlarında, uyguladıkları faiz oranları ve ödeme şartlarının cazibesi ile birlikte, işlem hızını da, yani başvuruların ne kadar çabuk sonuçlandırıldığı-nı da, vurgulamaya dikkat etmektedirler.

temin tasarlanması ve işletilmesi düşünülmüştür. Bu sistem aynı zamanda, *tek sözleşme* ve *tek belge* ile tamamlanmış olacaktır.

2. Değişik Ortamlarda Yapılan Taşımalara İlişkin Sözleşmelerin Ayırt Edici Unsurları

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız surette, değişik ortamlarda yapılan taşımalar için geliştirilen sözleşme modeli, *tek taşıyan*, *tek sözleşme*, *tek belge* esaslı üzerine kurulmuştur. Teyiden beyan edelim ki, bu modelin yaratılmasında ve geliştirilmesinde etken olan faktör, son tahlilde, taraflar arasında kurulacak olan hukukî ilişkilerin hazırlık ve sonuçlandırma çalışmalarında maliyetleri asgarî seviyede tutmak olduğu kadar, bir uyumsuzluğun ortaya çıkması halinde de, çözümün en az mali külfet ile sağlanması olmuştur.

a. Tek Taşıyan

Hemen yukarıda belirtildiği üzere; modelin gereği olarak, değişik ortamlarda yapılan taşımalarda *taşımanın tamamını tek bir kişi üstlenmektedir*. Bu kişi taşıtan ile kendi nam ve hesabına sözleşme yapar. Değişik ortamlarda yapılması öngörülen bir taşıma işleminde taşıtanın karşı âkididir. Kendisi taşımanın tamamını bizzat yapabileceği gibi sadece bir kısmını da yapabilir veya tamamını başkalarına yaptırıp kendisi hiçbir aşama için taşımaya fiilen katılmayabilir veya kendisinin icra etmediği bacalarda yükü başkalarına taşıtır. Ancak, *taşımanın tamamının sorumluluğu onun üzerindedir*¹⁷.

Bu kişi, kendisinin fiilen yapmayacağı taşımaların organizasyonunu sağlamak ile de yükümlüdür. Ayrıca, sorumluluğu sadece dar anlamda taşıma işlemi ile sınırlı olmayıp, başlama noktasında ve aktarma yerlerindeki işlemler ile birlikte, varma yerinde de, gereken yükleme, boşaltma, istif, depolama, gümrükleme¹⁸ vb. gibi işlemlerin yürütülebilmesi için icab eden sözleşmeleri asıl taşıtanı temsilen değil, kendi nam ve hesabına yapar¹⁹. Bu sözleşmelerin taşıtan olarak tarafı kendisidir²⁰. Her durumda tüm sorumluluk onun üzerindedir. Özetle, yükün teslim alınmasından, gönderilene teslim edilmesine kadar bütün sorumluluğu bu kişi taşır.

Bu sebepler ile, karma taşımalarda, taşıma sözleşmesinin icra tarafında bulunan kişi, üstlenmiş olduğu borçlar dikkate alınarak, sadece taşıyan (carrier) değil, *Multimodal Transport Operator* (MTO) olarak anılmaktadır²¹.

Diğer taraftan, Konvansiyon'a göre değişik ortamlarda yapılan taşımalar için yapılacak sözleşmede, mutlaka taşıma taahhüdünün yer alması gerekmektedir ve

¹⁷ De WIT, 3; ULFBECK, 39-40. Bkz, Rotterdam Kuralları, md. 18.

¹⁸ Hemen hatırlatalım ki, gümrük işlemleri için, ilgili kamu hukuku kurallarına göre, mükellefin vereceği vekâlete dayanılarak işlem yapılması gerekecektir. Bu itibarla, gümrük işlemleri söz konusu olduğu nisbette, akdî ilişkkiye, uygulanacak mevzuat hükümlerinin gerektireceği, farklı unsurlar eklenecektir.

¹⁹ WILSON, John F., *Carriage of Goods by Sea*, Pitman Publishing, 3. ed. London 1998, s. 241.

²⁰ Taşıtan (*consignor*), MTO'ın yaptığı sözleşmelerin tarafı değildir, FITZGERALD, Gerald F., "The United Nations Convention on the International Multimodal Transport of Goods", V. *Annals of Air and Space Law*, 51.

²¹ De WIT, 5.

sözleşmenin nitelendirilmesinde, taşıma taahhüdü önem taşımamaktadır. Buna paralel olarak taşıtanın karşısında, yükleri fiilen taşımayı taahhüt etmesi gereken bir taraf olmadığı için ve dolayısı ile de taşıyan sıfatını almak için, sözleşmede taşıtanın diğer âkidi olan kişinin bir taşıma taahhüdünde bulunması zorunlu olmadığından, her hangi bir kişi MTO sıfatını alabilir ve işin sorumluluğunu üstlenebilir.

Bu hukukî düzenleme karşısında, MTO taşıyan olarak nitelendirilebilir mi ? Taşıyan sıfatının alınabilmesi için, bir tarafın diğer tarafa karşı taşıma taahhüdünde bulunması lâzımdır (TK. md. 762) ²². Taşıyan sıfatını almak ve dolayısı ile de bir taşıma sözleşmesinin tarafını teşkil etmek için, bundan başka bir şart aranmamaktadır ²³. Bununla beraber, genel geçer hukuk prensiplerine uygun olarak, taşıyan, taşıma taahhüdünün muhtevası itibarı ile veya taraflar arasında aksine sarîh bir anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan borcunu bizzat ifa etmek zorunda değildir (BK. md. 67, TK. md. 784).

1980 Konvansiyonu'na göre ise, MTO sıfatının alınabilmesi için, taşıtana karşı, yükün değişik ortamlarda taşınması amacı ile kurulan sözleşmenin ifası veya ifasının sağlanması taahhüt edilmelidir. Şu halde, bir taraf açıkça yükü taşımayacağını fakat sadece taşınmasını temin edeceğini taahhüt eylemek sureti ile de Konvansiyon anlamında MTO sıfatını alabilmektedir. Bu düzenlemeye taşıma hukukunun klâsik kavramları açısından bakıldığı zaman, taşıma taahhüdünde bulunmamış olan bir MTO'nun, taşıyan olarak kabul edilmesi biraz zor olacaktır.

Acaba, muhtevası böyle olan bir akit, MTO'ı, taşıma işleri komisyoncusu yapar mı ? Kanaatımızca, bu soruya menfi cevap vermek gerekecektir; bir kere MTO taşıma sözleşmelerini kendi nam ve hesabına yapmaktadır, taşıtanı temsilen değil; ikinci olarak, taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işleminden sorumluluğu bulunmamaktadır, yükün kaybı veya hasara uğraması, taşıma işleri komisyoncusunu sorumluluk altına sokmaz (TK. md. 808-815). Hâlbuki 1980 Konvansiyonu, taşıma taahhüdünde bulunmamış olan bir kişiyi, MTO olarak kabul edip, taşımanın bütün sorumluluğunu ona yüklemektedir ²⁴.

Buna karşılık, taşıma taahhüdünde bulunan fakat taşımanın hiçbir aşamasını fiilen icra etmeyip, bunları başka taşıyanlara ve kendi nam ve hesabına yaptığı taşıma sözleşmeleri ile bırakan MTO'a taşıyan sıfatı verilebilecektir. Bu tür bir uygulama

²² Ayrıca bkz. ÇAĞA/KENDER, 1.

²³ Her ne kadar Karayolu Taşıma Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak çıkartılmış olan Karayolu Taşıma Yönetmeliği, taşıma sözleşmesi yapabilmek ve taşıyan sıfatını alabilmek için bir takım sınırlamalar koymakta ve özellikle Yönetmeliğin 13. md. sinde taşımanın yapılacağı araçların mülkiyetine sahip olmak gibi bazı şartlar aramakta ise de, kanaatımızca, bu gibi hükümler, taşıma sözleşmelerini düzenleyen temel hukuk normları bakımından taşıma sözleşmesinin kurulmasına ve taşıyan sıfatının alınmasına etkili olmazlar. Söz konusu Kanun'un amacı, taşıma faaliyetinde bulunacak olan veya bulunan -özel veya tüzel kişiler ile yetkili kamu idareleri arasındaki ilişkiyi düzenlemektir. Bu arada, bazı kişiler, akıllarına gelen bir çok hüküm, gereği yok iken, Kanun'a yazmışlardır. Anılan Kanun'da veya bu Kanun'a dayanılarak çıkarılacak tüzük veya yönetmelik gibi ikinci derece mevzuatta yer alacak hükümlerin müeyyidesi idarî ve/veya cezaî olabilir, fakat söz konusu hükümler ile aranan şartları havi olmayan kişilerin yapacakları taşıma sözleşmeleri yine geçerli birer taşıma sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

²⁴ GENÇTÜRK, Muharrem, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 77.

taşıma hukukunun genel geçer prensiplerine, zaten, aykırı düşmemektedir. Yine de, MTC'da, MTO'nun üstlendiği borç hakkında açık bir hüküm bulunmadığı hallerde, MTO, tüm taşımaları başka kişilere yaptırma, hüküm nasıl olmalıdır?²⁵. Özellikle, taşıma sözleşmelerinin, taşıtan nam ve hesabına yapılacağı, açık veya zımnî olarak belirtilmiş olan bir MTC bakımından taşıyan sıfatı nasıl tesbit edilmelidir ?

Bu ve ilgili bir çok husus, çok daha ayrıntılı incelemeyi icab ettirmektedir. Böylesine bir çalışma ise, bu makalenin sınırını fazlası ile aşacaktır. Bu bakımdan, söz konusu meseleleri başka bir inceleme vesilesi ile ele almayı düşünüyoruz.

b. Tek Sözleşme

Sözleşme hazırlanması, özellikle de taşıma sözleşmelerinin düzenlenmesi -maruf bir tekerlemeden istiane ile- *hukukçulara bırakılmayacak kadar ciddi iştir*. Merkezi İstanbul'da bulunan bir şirketin; çeşitli yerlere göndereceği malların sevki için değişik aşamaları üstlenecek olan taşıyanlar ile yapması gereken farklı nitelik ve içerikteki sözleşmelerinin düzenlenmesi amacı ile sahip olması icab edecek olan bilginin temini ve sözleşmelerin ifa aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için lüzûm duyacağı diğer bilgiler; gerek bilginin kaynağı ve gerekse de işlemlerin yürütülmesi bakımından ciddi boyutta maliyet getirecektir.

Bu gibi sorunların üstesinden gelenebilmesi için çözüm yolu, tüm taşıma için, taşıtan ile MTO arasında bir tek sözleşme yapılmasında bulunmuştur. Buna *Multimodal Transport Contract* (MTC) adı verilmektedir. Bu sözleşme ile MTO, taşımanın tamamı için borç ve dolayısı ile de sorumluluk üstlenmektedir. Kendisinin yapmayacağı taşımalar için gereken taşıma sözleşmelerini MTO -kendi nam ve hesabına- yapacaktır. Buna ek olarak ve hemen yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, MTO ifasını üstlenmiş olduğu sözleşmenin tam ve gereği gibi yerine getirilmesini sağlamak amacı ile icab eden diğer hukukî işlemleri de yapmakla yükümlüdür; bu cümleden olarak, MTO gerektiği hallerde yükleme-boşaltma-istif işlemleri için veya malların korunması amacı ile depoya konması gerektiğinde, bu işlem için sözleşmeler yapmak zorundadır.

Burada önemli olan, tarafların sözleşmeyi yaparken taşımanın değişik ortamlarda yapılacak (multimodal) bir taşıma olacağına anlaşmış bulunmalarıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmeye, karma taşımaları düzenleyen hükümlerin tatbiki tamamen tarafların rızasına bırakılmıştır. Taraflar taşımanın değişik ortamlarda yapılacağını kararlaştırıp tek bir sözleşme yapmış olmakla beraber, sözleşmede her bir taşıma aşaması için

²⁵ Aslında benzer tartışmalar akdin diğer tarafı hakkında da geçerlidir. Bu çalışmamızda, klâsik usul ile, sözleşmenin unsurlarını ve taraflarını tahlile tâbi tutmakla meşgul olmamaktayız, fakat, akdin diğer tarafını teşkil eden kişi hakkında kısa da olsa bir açıklamada bulunmayı gerekli gördük. 1980 Konvansiyonu, taşıtan için *consignor* deyimini kullanmaktadır. *Consignor*, karma taşıma sözleşmesini bizzat yapan veya sözleşmenin adına veya hesabına yapılmış olduğu kişi için kullanıldığı kadar; yükleri taşıyana, yani MTO'ya fiilen teslim eden veya yüklerin adına veya hesabına MTO'ya teslim edildiği kişi için de kullanılmaktadır (md. 1/5). Bu tanım içinde bakıldığında, *consignor*, hem TK. anlamında hem taşıtan ve hem de yükleten olmaktadır.

ayrı ayrı hükümler getirilmiş ise, MTC'tan söz edilemez ve dolayısı ile de Konvansiyon uygulanamaz²⁶.

Bu demektir ki, taraflar MTC olarak nitelenebilecek bir taşıma sözleşmesi yaptıktan sonra, MTO bu akitten doğan borcunu *unimodal* olarak ifa etse, yani taşımanın tamamını aynı ortamda gerçekleştirse, sözleşme yine karma taşıma hükümlerine tâbi olur²⁷.

Bir görüşe göre; değişik ortamlarda yapılacak taşıma sözleşmesi, taraflar arasında öngörülmüş bulunan taşımanın bütün ortamlarına/aşamalarına (bacaklarına) ilişkin olan ve o ortamlardaki münferit taşımaları düzenleyen sözleşmeleri de içeren bir akit tipidir. Bu anlamı ile, multimodal taşıma sözleşmesi, bir dizi unimodal sözleşmeden meydana gelen bir tür üst akittir. Taşımanın her münferit aşaması, o aşamayı düzenleyen hükümlere tâbi olur.

Diğer bir görüşe göre; değişik ortamlarda yapılacak taşımaları düzenleyen sözleşme bir *karma sözleşme* niteliğindedir. Taşıtanın iradesi münferit taşıma aşamalarının (bacaklarının) düzenlenmesine yönelik olmayıp, "A" noktasında teslim etmiş olduğu yüklerini "Z" noktasında teslim almaya. Bu iradeye karşı, MTO da, "A" noktasında teslim aldığı yükleri "Z" noktasında teslim etmek ve bu amaçla gereken organizasyonu yapmak borcunu üstlenmektedir. Bu bakımdan, aralarında taşımanın münferit bacaklarını düzenleyen unimodal sözleşmeler yapmış oldukları görüşü için özü ile bağdaşmaz²⁸.

Başka bir görüş ise, bu tür sözleşmelerin *sui generis* nitelikte olduğunu ileri sürmektedir²⁹.

c. Tek Belge

İş birden fazla taşıyan ile yapılacak sözleşmeler ile bitmemekte ve her bir sözleşme uyarınca yapılacak olan taşımalar için gereken taşıma belgelerinin düzenlenmesi de mesele olmaktadır. Bu belgelerin hazırlanması kadar, her birinden doğan hakların da takip edilmesi belli düzeyde özel bilgiyi gerektirdiği gibi, bunların tasnif edilmeleri ve saklanmaları da lâzım gelmektedir. Bütün bunların zaman ve maliyet yönünden yarattığı sonuçlar da, taşıma sektörünün aktörlerini, işi basite irca etmeye ve *tek belge* modeline dayanan bir sistem kurmaya yöneltmiştir.

Tüm taşıma, MTO tarafından düzenlenip, taşıtana verilen *Multimodal Transport Document* (MTD) altında yapılmaktadır. MTO'nun başkalarına yaptırmak yoluna gideceği taşımalar için, o taşımaların türüne göre gereken belge MTO ile taşımayı yapan arasında düzenlenecektir. Bunlar ile taşıtanın her hangi bir ilişkisi yoktur ve taşıtana her hangi bir hak sağlamazlar³⁰.

Uygulamada MTD için değişik adlar kullanılmaktadır; meselâ, FIATA Bill of Lading gibi. Bunlar, kuşkusuz, gerçek hukukî anlamı ile konişmento niteliğinde olma-

²⁶ ÖZDEMİR, 85.

²⁷ De WIT, 351.

²⁸ Ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. ARKAN (Batider), 39-40; ARKAN (Akipek Armağanı), 345-347; GLASS, 289-290.

²⁹ FUJITA, 72-73.

³⁰ DE WIT, 3.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

yan belgelerdir, önemli olan belgenin içeriği olup, taşıdığı başlık hukukan değer ifade etmemektedir.

Bu vesile ile ifade edelim ki, 1980 Konvansiyonu, MTD'nin ciro edilebilir veya edilemez nitelikte düzenlenmesinde taşıtanın (consignor) tercihine ağırlık vermiştir (md. 5/1). Bu bakımdan MTO, belgenin düzenlenmesinde taşıtanın talebi ile bağlıdır.

Rotterdam Kuralları'nda da, taşıma belgesinin ciro edilebilir veya edilemez olarak düzenlenebileceği öngörülmüştür (md. 35).

III. DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN TAŞIMALARDA SORUMLULUK PRENSİPLERİ

Değişik ortamlarda yapılan taşımalarda, bir zarar vukuunda yük ile ilgilinin başvuracağı kişi kim olmalıdır ? Bu taşımalar, yukarıda da ifade edildiği üzere, tamamen taşıma sözleşmesini yapmış olan MTO tarafından üstlenilmektedir. Dolayısı ile taşıtana karşı bu kişi sorumludur. Zarar, taşımanın kendisi tarafından icra edilmemiş olan bir aşamada meydana gelmiş ise, bunun faili ile -deyim yerinde ise- hesaplaşmak da ona ait bir iştir. Netice itibarı ile, zararın faili MTO'nun âkididir ve bu bakımdan fail ancak kendi âkidine muhatap olacaktır. Aynı şekilde, zararın failine karşı tazminat talebinde bulunmak, âkit taraf olan MTO'ya aittir³¹.

Ancak, bu noktada ciddi bir problem ortaya çıkmaktadır. MTO'nun yük ile ilgiliye karşı sorumluluğu hangi hükümlere göre tayin edilmelidir ? Diğer bir ifade ile, MTO'nun sorumluluğu, zararın meydana gelmiş olduğu taşıma aşamasının tâbi olduğu kurallara göre mi tayin edilmelidir, yoksa MTO'nun sorumluluğu, zararın vukuu bulduğu yer ile bağlı olmadan, taşımanın her aşaması için geçerli olacak bir genel prensibe mi bağlanmalıdır?

Ayrıca, birinci görüş benimsendiği takdirde, zararın nerede meydana geldiği tesbit edilemediği hallerde, hüküm ne olacaktır ? İsbat külfeti hangi tarafa ait olmalıdır?

Sorumluluk konusunda iki teori ortaya atılmıştır:

1. Network System

Network System, tüm taşımanın, içerdiği taşıma ortamları dikkate alınarak, kısımlara/aşamalara ayrıldığı bir sorumluluk rejimi öngörür. Taşıyan, zarar hangi aşamada meydana gelmiş ise, o aşamaya uygulanabilecek olan sorumluluk kurallarına göre sorumlu tutulur³².

Bu teoriye göre, yükün kaybına veya hasara uğramasına yol açan olay (ki aşağıda *kritik olay* diye anılacaktır), taşımanın hangi aşamasında -bacağında- vaki olmuş ise, sorumluluk, o safhayı -o taşıma bacağı- düzenleyen emredici nitelikteki uluslararası sözleşmelere veya uygulanması gereken millî mevzuat hükümlerine göre tayin edilir. Daha da ayrıntılı bir açıklama ile; taşıyan ile taşıtan arasında, sadece kritik olayın vaki olduğu aşamayı içeren bir taşıma sözleşmesi yapılmış olsa idi, bu sözleşme

³¹ Yük ile ilgilinin haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açabilme hakkı şimdilik konumuz dışında bırakılmaktadır.

³² ARKAN (Akipek Armağanı), 349-350.

gereğince taşıyanın sorumluluğu hangi kurallara tâbi tutulacak idi ise, *Network System* içinde de, bu yaklaşım ile tesbit edilecek olan sorumluluk kuralları uygulanır³³.

Her durumda sorumluluk MTO'nun üzerindedir, fakat, MTO her ayrı uyumsuzluk bakımından kritik olayın cereyan etmiş olduğu safhanın sorumluluk rejimine tâbi olur. Dolayısı ile de, konuya pratik açıdan bakıldığında, âkit taşıyanın sorumluluğunu, esasında fiilî taşıyanın tâbi olacağı sorumluluk rejimi tayin etmiş olur³⁴.

Zararın, daha doğrusu, *kritik olayın* taşımanın hangi aşamasında cereyan edeceği bilinemeyeceğinden, *Network System* hem taşıyan (MTO) ve hem de taşıtan bakımlarından *sürprizler* ile dolu ve beklenmeyen gelişmelere açık olan bir rejim ifade etmektedir³⁵.

Böylece, bir taşıma sözleşmesinin tarafı olan taşıyan, sözleşmenin ifasında, tamamen tesadüflere bağlı olarak, farklı hukukî rejimlere göre sorumluluk altına girmiş olmaktadır. Bu özelliğini dikkate alarak, bu sisteme *Chameleon System* (Bukalemun Sistemi) de derler. Gerçekten de, MTO, her bir münferit olayda, olayın cereyan etmiş olduğu ortama -kendi iradesi ile olmamakla beraber- intibak ettirilmektedir. Diğer bir anlatımla, bu teoride, karma taşıma sözleşmesi (MTC), sanki taşımanın her bir bacağı için ve o bacağı düzenleyen hükümlere göre yapılmış birden fazla sözleşmeden meydana gelmiş bir bütün gibi görülmektedir³⁶.

Bu sistem MTO bakımından olumlu bir özellik taşımaktadır: Karma taşımalarda, MTO, üstlenmiş olduğu sorumluluğu, her hangi bir zarar halinde, zarara fiilen sebebiyet vermiş olan fiilî taşıtana yansıtmak isteyecektir. *Network System* düzeninde, MTO, yani âkit taşıyanın sorumluluğu, fiilî taşıyan sorumluluğu ile aynı olduğundan, MTO büyük bir risk altında olmayacaktır³⁷.

Bu yöntemin birçok mahzuru olduğu aşikârdır. *Kritik olayın* hangi safhada vaki olduğunun tesbiti -ki container ile yapılan taşımalarda bu oldukça zordur- bilhassa sorumluluk ve sigorta konularında ciddi meselelere yol açar. Ayrıca, bir zararın hangi aşamada doğduğunun tesbit edilebildiği durumlarda dahi, zararın daha önceki bir aşamada vaki olmuş bir olayın sonucu olarak ortaya çıkması ihtimali de daima söz konusu olabilecektir.

Diğer taraftan, ister bir uluslararası konvansiyon veya millî mevzuat olsun, *Network System* esasına yer veren düzenlemelerde *kritik olayın* nerede vaki olduğunun tayin edilemediği hallerde uygulanacak bir sorumluluk rejiminin de, ayrıca, tesbiti gereklidir³⁸.

Bilindiği üzere, taşıma sözleşmelerini düzenleyen uluslararası konvansiyonlardaki sorumluluk hükümleri ve limitleri yeknesak olmayıp, bir birinden farklıdır. Değişik ortamlarda yapılan taşımalarda, her bir ortamdan, teorik olarak çok, hatta sınırsız sayıda, geçilebilmektedir. Bu husus sigorta teminatının sağlanması bakımından da problem kaynağı teşkil etmektedir. Taşıyan, her bir taşıma sözleşmesi için ayrı sigorta yaptırsa bile, zararın hangi bacakta doğacağını önceden bilmek mümkün olmayacağı-

³³ FUJITA, 358.

³⁴ ULFBECK, 46.

³⁵ ULFBECK, 46.

³⁶ De WIT, 137 vd.

³⁷ ULFBECK, 46.

³⁸ ULFBECK, 46.

na göre, sigorta teminatının plânlanması ve priminin tesbiti çok tartışmalara yol açacaktır. Poliçelerin yıllık olarak veya belli dönemler itibarı ile, istatistiklere göre düzenlendiği işletmeler bakımından, mesele daha da kritiktir.

Gecikme zararları bakımından da benzer tartışmalar söz konusu olabilecektir. Yük gönderilene geç teslim edilmiştir ama, gecikmeye yol açan kritik olay veya olaylar, hangi ortamda vaki olmuştur ve bu olay veya olaylar taşımanın müteakip aşamalarını nasıl etkilemiştir? ³⁹

2. Uniform Liability System (Yeknesak Sorumluluk Sistemi)

Bu sistemde, MTO (taşıyan) tek bir sorumluluk rejimine tâbi tutulmuş bulunmaktadır. Kritik olay taşımanın hangi bacağında vaki olmuş olursa olsun, MTO'nun sorumluluğu hep aynı, dolayısı ile yeknesak bir sorumluluk rejimine göre tayin edilecektir ⁴⁰. Bu bakımdan, kritik olayın taşımanın hangi aşamasında meydana geldiğini tesbit için herhangi bir gayret sarf edilmesi söz konusu olmayacaktır. Taşıtan, haklarının ne olduğunu açık bir surette ve her hangi bir sürpriz söz konusu olmadan bilecek durumdadır. Bu açıdan, bu teori makûl ve pratik bir sistemi yansıtmaktadır ⁴¹.

Bununla beraber, yine de bazı sakıncalarının bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle şu husus ciddi sıkıntılara yol açabilecektir. MTO tek bir sorumluluk rejimine tâbi olmakla beraber, bu rejim kendisi ile taşıtan arasındaki sözleşme bakımından geçerlidir. MTO'nun taşıma işini bizzat yapmayacağı bacaklar için başka taşıyanlar ile kuracağı sözleşmeler, o bacakları düzenleyen hükümlerin öngördüğü sorumluluk kurallarına tâbi olacaktır. Bu değişik bacakların hukukî sorumluluk sistemi ile MTO'nun tâbi olduğu sistem arasında çoğunlukla, hatta önemli, farklar bulunabilir, ki bu husus MTO'nun kritik olayın vaki olduğu bacadaki taşıyana rücu ettiği zaman bazı problemler ile karşılaşmasına sebep olabilecektir. Bu durum, daha pratik bir ifade ile, MTO'nun aynı yük için taşıyan şapkası altında tâbi olduğu sorumluluk kuralları ile taşıtan şapkası altında tâbi olacağı sorumluluk kuralları arasındaki farktan doğan, bazen de oldukça ciddi boyuta ulaşacak olan, zararlara uğramasına yol açacaktır ⁴².

IV. DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN TAŞIMALARIN ULUSLARARASI HUKUK ALANINDA DÜZENLENMESİ

1. Yürürlükte Bulunan Konvansiyonlarda Multimodal Taşımalar Hakkında Yer Alan Hükümler ⁴³

Halen yürürlükte bulunan uluslararası -unimodal- taşımalara ilişkin konvansiyonlara baktığımız zaman, bunların hepsinde de multimodal taşımalar hakkında hüküm ihtiva

³⁹ Üç aşamalı, yani üç değişik ortamdan geçilerek tamamlanacak bir taşımada, birinci bacakta meydana gelen bir olayın yol açtığı iki günlük gecikme, ikinci bacağın başlamasını beş gün geciktirmiş ise, bu gecikme de üçüncü bacağın başlamasını on gün ileri atmış ise, gönderilene teslimdeki toplam onbeş günlük gecikmeden kim sorumluluk taşıyacaktır veya taşımalıdır?

⁴⁰ ARKAN (Akipek Armağanı), 347-349.

⁴¹ De WIT, 143 vd.; ULFBECK, 46-47.

⁴² FUJITA, 358; ULFBECK, 46-47.

⁴³ Bu başlık altında unimodal taşıma sözleşmelerini düzenleyen konvansiyonlara değineceğiz, multimodal taşımalara ilişkin olan 1950 Cenevre Konvansiyon ile Rotterdam Kuralları ayrıca ele alınacaktır.

eden kuralların bulunduğunu görürüz. Bu kurallar *Network Sistemi* üzerine kurulmuştur⁴⁴. Ancak, bu kurallar ile getirilmiş olan düzenleme yeknesak değildir ve aralarında oldukça fark vardır. Bununla beraber bu hükümleri esas olarak iki grup içinde toplamak mümkündür.

Bu kurallardan bir grubu, taşımanın kendi düzenlediği alanda cereyan eden aşamasına/bacağına, taşıma sözleşmesi esasında hangi konvansiyona tâbi olursa olsun, kendi hükümlerinin uygulanacağını öngörür.

Diğer bir grubu ise, kendilerine tâbi olan bir taşımada, taşımanın kendi düzenledikleri alanın dışında yapılan aşamasına/bacağına da, kendilerinde bulunan hükümlerin uygulanacağını âmirdir.

Söz konusu hükümleri şu iki kategoriye ayırarak tasnif edip:

Birinci grubu

* Korumacı nitelikli hükümler,

İkinci grubu ise:

* İstilacı nitelikli hükümler

diye adlandırmaktayız.

Birinci kategori hükümler, düzenledikleri alana sahip çıkarlar ve bir multimodal taşımada, taşımanın kendi düzenledikleri alanda cereyan eden aşamasına/bacağına kendi kurallarının uygulanacağını öngörürler.

Gerek denizyolu ve gerekse de havayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen konvansiyonlar bu kategoride yer alırlar.

Denizyolu ile yapılan taşımalar hakkındaki Hamburg Kuralları'nın⁴⁵ konuya ilişkin olan md. 1/6 hükmünde: "... deniz yolu ile taşıma ile birlikte başka bir ortamda yapılacak taşımayı da ihtiva eden bir sözleşme, bu Konvansiyon bakımından ancak deniz yolu ile yapılan taşımaya ilişkin olduğu nisbette navlun sözleşmesi olarak kabul edilir." denilmektedir.

Bu hüküm dolayısı ile, multimodal taşıma öngören bir sözleşmede, zarar taşımanın denizyolundan yapılmış olduğu sırada meydana geldiği takdirde, taşıyanın sorumluluğu hakkında -tabii söz konusu Konvansiyon'da belirtilen diğer şartlar da gerçekleşmiş ise- Hamburg Kuralları uygulanacaktır.

Havayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen Varşova/La Haye Sistemi'nde⁴⁶, md. 31/1'e göre: "*Kısmen havayolu, kısmen başka herhangi bir yol ile yapılan birleşik*

⁴⁴ ULFBECK, 49 ve dn. 40.

⁴⁵ *Denizyolu ile Yük Taşıma Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu* (United Nations Convention for the Carriage of Goods by Sea). Bu Konvansiyon, Hamburg'da 31 Mart 1978 günü imzalanmıştır ve onaylayan devletler arasında 1 Kasım 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Konvansiyon'a taraf değildir. Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU, Emine, *Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu-Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000.

⁴⁶ Havayolu ile yapılan uluslararası taşımalar ilk olarak 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve onaylayan devletler arasında 13 Şubat 1933 günü yürürlüğe girmiş olan *Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyon* ile düzenlenmiştir. Bu Konvansiyon, 1955 La Haye Protokolü ve 3-25 Ekim 1975 tarihlerinde Montreal'de toplanmış olan konferansta kabul edilen Protokoller ile tadil edilmiştir. Bunlardan konumuz bakımından önem taşıyan olanı, 25 Ekim 1975 tarihinde imzalanmış ve onaylayan devletler arasında 14 Haziran 1998 tarihinde yürürlüğe *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

taşıma halinde, bu Sözleşme hükümleri, taşımanın 1. md. çerçevesine girmesi şartı ile, sadece havayolu ile yapılan taşımalarına uygulanacaktır."⁴⁷.

Bu maddeye göre, bir multimodal taşıma sözleşmesinin, havayolu ile yapılan aşaması/bacağı Varşova/La Haye Sistemi'nin uygulama alanına girecektir.

Bununla beraber, 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 18. md. sine de işaret etmekte yarar görmekteyiz: Bu madde, Varşova/La Haye Sistemi'nin havayolu ile yapılan taşımalara uygulanacağını ve havayolu ile taşımanın, dolayısı ile de taşıyanın sorumluluğunun, zaman dilimi itibarı ile, yükün taşıyanın zilyedliği altında bulunduğu süreyi ifade ettiğini hükme bağlamaktadır (md. 18/1 ve 3). 18. md. nin 4. b. inde ise, yükün, taşıma sözleşmenin ifası sırasında, yükleme, teslim veya aktarma işlemleri amacı ile karada, denizde veya iç sularda taşınmasının da, havayolu ile taşıma süresinin içinde sayılacağı yazılıdır. Ancak, hemen belirtmek lâzım gelir ki, bir taşıma sözleşmenin ifası amacı ile yapılacak bu tür zorunlu operasyonlar, zaten multimodal sözleşme modeline uymamaktadır.

Ayrıca, taşımanın havayolu ile yapılacağı öngörülmüş olan bir sözleşmenin, taşıyanın muvafakatı olmadan, başka bir ortamda (*mode*) yapılması halinde de, bu aşama da havayolu ile yapılmış olarak kabûl edilir (md. 18/4). Münhasıran havayolu ile ifade edileceği kararlaştırılmış olan bir taşıma sözleşmesi de, anlaşılacağı surette, esasen multimodal taşıma olarak nitelendirilemeyecektir.

İkinci kategori hükümler, istilacı niteliğe sahip hükümlerdir, kendi düzenledikleri alana da taşarlar ve ilgili maddelerinde gösterilen şartlar gerçekleştiği takdirde, uygulama alanlarının dışında kalan taşımalara da uygulanırlar.

Karayolu ile ve demiryolu ile yapılan taşımaları düzenleyen konvansiyonlar bu türdendir.

Karayolu ile yapılan uluslararası yük taşımaları hakkındaki CMR⁴⁸ md. 2/1'e göre: "*Eşya yüklü taşıt, yolculuğun bir kısmında yükü boşaltılmadan, denizyolu, de-*

girmiş olan 4 numaralı Protokol'dür. Türkiye bu Protokol'e 12 Eylül 1998 tarihi itibarı ile taraftır. Bkz. 8 Mayıs 1991 tarihli ve 3736 sayılı onay Kanunu ile 15 Şubat 1993 tarihli ve 93/4166 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. 21 Nisan 1993-21559). Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER (Havayolu), 57 vd.

⁴⁷ Bu hüküm, *Warsaw Convention as Amended by the Hague Protocol of 1955 and further amended by Protocol No. 4 of Montreal, 1975* metninin 31/1 md. sindedir. Bu kural, bu metnin yerini almak amacı ile yapılmış olup, 28 Mayıs 1999 günü Montreal'de imzalanmış olan ve onaylayan devletler arasında 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 38. md. sinde yer almaktadır.

Türkiye de Konvansiyonu onaylamış olup, Konvansiyon 26 Mart 2011 tarihinden itibaren Türkiye için bağlayıcı nitelik kazanmıştır. Bkz. Onay Kanunu: 2 Nisan 2009-5866 (RG. 14 Nisan 2009-27200), Bakanlar Kurulu Kararı: 13 Eylül 2010-2010/895 (RG. 1 Ekim 27716). Konvansiyon'un Türkçe tercümesi işaret edilen Bakanlar Kurulu Kararı'nın ekinde yer almaktadır.

⁴⁸ *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road*, Geneva 19th May 1956. Konvansiyon'un kısaltması "CMR", Fransızca başlığına uygun olarak yapılmıştır: *La Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route*. Türkiye bu Konvansiyon'a 31 Ekim 1995 tarihi itibarı ile taraftır (bkz. 7 Aralık 1993 tarihli ve 3939 sayılı onay Kanunu, RG. 14 Aralık 1993-21778).

*miryolu, içsuyolu veya havayolu*⁴⁹ ile taşınırsa, buna rağmen, *Konvansiyon taşımanın tamamına uygulanır ...*⁵⁰.

Görülüyor ki, karayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen CMR, belli şartlar altında, taşımanın denizyolunda veya demiryolunda veya havayolunda veya içsuyolunda yapılan bacaklarına da uygulanabilecektir⁵¹.

Demiryolu ile yapılan uluslararası taşımaları düzenleyen ana konvansiyonu teşkil eden COTIF⁵² ile birlikte yük taşımalarına ilişkin özel hükümler ihtiva eden CIM hükümlerine göre⁵³, Konvansiyon esas olarak demiryolu ile yapılan taşımalara uygulanmakla beraber, demiryollarını birbirine bağlayan ve uluslararası trafiğe açık olan karayolları ile denizyolları veya içsuyolları da ilgili devlet veya devletler tarafından OTIF Merkez Ofisi'ne⁵⁴ bildirilerek, Konvansiyon'un kapsamına giren hatların⁵⁵ listesine dahil edilebilir ve bu hatlar üzerinde yapılacak taşımalar, COTIF/CIM hükümlerine tâbi olur⁵⁶.

Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CLARKE, Malcolm A., *International Carriage of Goods by Road: CMR*, Informa Professional, 4th ed., London 2003; HILL, D. J. and MESSENT, A.D., *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, Lloyd's of London Press, Ltd., London 1984.

⁴⁹ Md. nin resmî Türkçe tercümesinde *havayolu* kelimesi yer almış olmakla beraber, bunu aslına uygun olarak *karayolu* şeklinde anlamak gerekir.

⁵⁰ Bununla beraber, zararın ancak denizyolu ile yapılan taşıma sırasında ve sebebi ile meydana geldiği isbat olunduğu takdirde, CMR uygulanmaz ve olaya tatbik edilebilecek nitelikteki konvansiyon veya milli kanun hükümleri uygulanır.

⁵¹ Karayolu ile yapılan taşımanın mesafesi ile denizyolu veya demiryolu veya havayolu ile yapılan taşımanın mesafesi arasındaki fark, bu hükmün uygulanmasına engel teşkil etmez, CLARKE, age. 30 ve 31.

⁵² Demiryolları ile yapılan taşımalar ilk olarak 14 Ekim 1890 günü Bern'de imzalanan ve 1 Ocak 1983 tarihinde yürürlüğe giren *Convention Internationale sur le Transport de Marchandises par Chemin de Fer* isimli Konvansiyon ile düzenlenmiştir. Halen yürürlükte bulunan *Convention Relative aux Transports Internationaux Ferroviaires*, 9 Mayıs 1980 tarihinde Bern'de imzalanmış olup, onaylamış olan devletler arasında 1 Ocak 1985 günü yürürlüğe girmiştir. Türkiye COTIF'e taraftır, bkz. onay kanunu: 21 Mart 1985-3172, (RG. 27 Mart 1985-18707) ve BKK. 8 Mayıs 1985-85/9458 (RG. 1 Haziran 1985-18771). COTIF, yolcu taşımalarını düzenleyen 'A' eki CIV (*RU-CIV: Règles Uniformes Concernant le Contrat de Transport International Ferroviaire des Voyageurs et des Bagage*) ve yük taşımalarına ilişkin kuralları ihtiva eden 'B' eki (*RU-CIM: Règles Uniformes Concernant le Contrat de Transport International Ferroviaire des Marchandises*) ile birlikte 3 Haziran 1999 günü imzalanan ve Vilnius Protokolü olarak anılan bir anlaşma ile tâdil edilmiştir. Vilnius Protokolü, onaylayan devletler arasında 1 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü de onaylamıştır (Onay Kanunu: 6 Ekim 2005-5408, RG. 12 Ekim 2005-25964; BKK: 24 Kasım 2005-2005/9709, RG. 24 Aralık 2005-26033 mkr.).

Aslında demiryolu ile yük taşıma sözleşmelerini düzenleyen ilk Konvansiyon, bizatihi CIM dir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, Sabih, *Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, yayın nu: 206, Ankara 1987.

⁵³ Vilnius Protokolü ile muaddel maddeler, COTIF md. 2 § 1 (a) 1 ve md. 24; CIM md. 1 §§ 3 ve 4.

⁵⁴ *Organisation Intergouvernementale pour les Transport Internationaux Ferroviaires*. Bu teşkilat ilk olarak 1893 tarihli Bern Konvansiyonu ile kurulmuştur. Şimdiki statüsü, 1980 COTIF hükümlerine dayandırılarak, 1 Mayıs 1985 tarihinde oluşturulmuştur.

⁵⁵ Üye devletler belli hatların COTIF rejimine tâbi olmayacağını kararlaştırıp, OTIF'e bildirebilirler.

⁵⁶ Meselâ, Türkiye'de Sirkeci-Haydarpaşa arasında yapılan feribot seferleri ile Van-Tatvan arasındaki Van Gölü geçişi COTIF'e dahildir. İngiltere ile Fransa arasındaki deniz trafiği COTIF rejimine tabidir. Bundan başka, Romanya ile birlikte Derince - Köstence ve Samsun - Köstence seferleri de 1 Temmuz YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Söz konusu hükümler, trenin yük indirilmeden denizyolu veya karayolu veya içsuyolu taşıtına yüklenerek taşınması halinde olduğu kadar, yükün trenden indirilip, duruma göre, söz konusu araçlardan bir tanesine yüklenerek taşınması halinde de uygulanır⁵⁷.

İç sularda yapılan taşımaları düzenlemek amacı ile hazırlanmış bulunan Budapeşte Konvansiyonu'nun⁵⁸ 2.2. md. sine göre, iç su yolu ile yapılan taşıma ile denizyolu ile yapılan taşımanın aynı gemi ile gerçekleştirildiği hallerde, sözleşmeye bu Konvansiyon'un hükümleri uygulanacaktır. Ancak, denizyolu ile yapılan taşımalarda kullanılan tür konişmento düzenlendiği veya denizyolunun iç su yolundan daha uzun olduğu seferlerde, her bir aşama, kendine has hükümlere tâbi tutulacaktır⁵⁹.

2. 1980 Cenevre Konvansiyonu'nun Hükümleri⁶⁰

Konvansiyon'un 30. md. sinin 1. f. sı, bu Konvansiyon'un donatının sorumluluğunu düzenleyen: (i) 25 Ağustos 1924 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun, (ii) 10 Ekim 1957 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun ve (iii) 19 Kasım 1976 tarihli Londra Konvansiyonu'nun donatının haklarına ve borçlarına ilişkin hükümlerini değiştirmedigini öngörmektedir.

Konvansiyon, yine 30. md. sinin 3. f. ile, nükleer enerji ile ilgili kurallar içeren 29 Temmuz 1960 tarihli Paris Konvansiyonu ile bu Konvansiyonu tadil eden 28 Ocak 1964 tarihli Protokol ve nükleer zararlardan doğan sorumluluk hakkındaki 21 Mayıs 1963 tarihli Viyana Konvansiyonu'nun hükümlerini de saklı tutmaktadır.

1980 Cenevre Konvansiyonu, ayrıca, md. 30/4 hükmü ile yukarıda değinilen CMR ve COTIF/CIM hükümlerini mahfuz tutmuş ve bunların anılan Konvansiyonlar'a taraf olan ve söz konusu maddeleri uygulamakla yükümlü bulunan devletler bakımından, Konvansiyon'un md. 1/1 açısından uluslararası multimodal taşıma sayılmayacağını belirterek, uygulama alanının dışına çıkarmıştır.

Burada değinilmesi gereken bir husus bulunmaktadır: Md. 30/4, CMR ve COTIF/CIM hükümlerine atıf yaparken "*such as*" - "*meselâ*" kelimesi ile vurgu yaparak, söz konusu tür düzenlemelerin yapıldığı başka uluslararası konvansiyonların da kapsamakta olduğunu gösteren bir ifade kullanmıştır. Mevcut uluslararası konvansiyonlar içinde, Varşova/La Haye Sistemi ile La Haye Kuralları'nı ve dolayısı ile de şu anda yürürlükte bulunan son metinler olarak 1999 Montreal Konvansiyonu ile 1978 Hamburg Kuralları'nı zikredebiliriz. Bu Konvansiyonlar ise, yukarıda değinmiş oldu-

2006 tarihi itibarı ile listeye alınmıştır. Manş Tüneli de (The Channel Tunnel - Popüler adı ile *Chunnel*) 14 Mart 1994 tarihinde listeye eklenmiştir.

⁵⁷ Anılan md. 2/2'nin resmî Türkçe tercümesinde *karayolu* kelimesi yerine *havayolu* kelimesi yer almış olmakla beraber, bunu aslına uygun olarak *karayolu* şeklinde anlamak gerekir.

⁵⁸ *Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterways*. United Nations Economic Commission for Europe - UNECE tarafından düzenlenmiş ve Budapeşte'de 25 Eylül-3 Ekim 2000 günlerinde toplanmış olan konferansta kabul edilmiştir. Metin, 22 Haziran 2001 tarihinde imzalanmış ve Konvansiyon 1 Nisan 2005 günü yürürlüğe girmiştir.

⁵⁹ Yukarıda değinilen konvansiyonların söz konusu maddeleri hakkında ek bilgi için bkz. HANCOCK, 36-39 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

⁶⁰ Konvansiyon hakkında bilgi aşağıda V/1 altında verilmektedir.

ğumuz maddelerinin getirmiş olduğu düzenlemeler dolayısı ile, zaten 1980 Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Bununla beraber, söz konusu şart, her hangi bir tarihte bazı devletlerin bir araya gelip, multimodal taşımalar için özel hükümler getiren konvansiyonlar yapmalarına dayanak sağlayabilecektir ⁶¹.

3. Rotterdam Kuralları'nın Hükümleri ⁶²

Rotterdam Kuralları bu konuda iki ayrı hüküm ihtiva etmektedir.

a. Md. 26: Yüklerin Gemiye Yüklenmesinden Önce ve Gemiden Boşaltılmasından Sonra Yapılan Taşımalar

Rotterdam Kuralları'nın 26. md. si, sınırlı bir *Network System* sorumluluğu öngörmektedir.

Bu maddede, yükün kaybının veya hasara uğramasının veya tesliminin gecikmesine sebep olan olayın, taşımanın deniz bacağına dışında cereyan etmiş olması haline ilişkin bir düzenleme getirilmektedir.

Bu hükme göre, kayıp veya hasarın veya gecikmeye yol açmış olan sebebin, yüklerin gemiye yüklenmesinden önce veya gemiden boşaltılmasından sonra cereyan etmiş olduğu isbat edildiği takdirde, söz konusu olaya zorunlu olarak -emredici hüküm niteliği icabı- uygulanması gereken bir uluslararası konvansiyon bulunduğu takdirde, Rotterdam Kuralları'nın yerine bu konvansiyonun hükümleri uygulanır. Zarar veya hasarın veya gecikmeye sebebiyet vermiş olan olayın hangi aşamada vaki olduğunun tesbit edilemediği veya kayıp veya hasarın veya gecikmeye yol açmış olan olayın birkaç aşamayı kapsayan bir süreç içinde vaki olduğu hallerde yine Rotterdam Kuralları uygulanır ⁶³.

Md. 26 hükmünün uygulanmasında şu hususa da işaret etmeliyiz ki, deniz bacağına dışında (non-maritime leg) yapılan taşımalar, bağımsız bir taşıma sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecek nitelik ve hüviyette olmalıdır; asıl taşımanın icrası amacı ile yapılacak fer'î veya tamamlayıcı mahiyetteki taşımalar, yine Rotterdam Kuralları'na tâbi olurlar ⁶⁴.

Md. 26 ile ilgili ayrıntılı açıklamalar, aşağıda 'V/2, d, aa' başlığı altında yapılacaktır.

⁶¹ *Glass*, pratik bir ifade kullanarak, md. 30/4 hükmünün, söz konusu konvansiyonların müstakbel tadilatını da hedef aldığı yazmaktadır, bkz. GLASS, 290.

⁶² Konvansiyon hakkında bilgi aşağıda V/2 altında verilmektedir. Rotterdam Kuralları'nın İngilizce metni ile birlikte Türkçe tercümesi için bkz. SÜZEL, Cüneyt/DAMAR, Duygu, XXVI *BATİDER* 2, 147-240.

⁶³ Ayrıntılı açıklama için bkz., HANCOCK, 43-44 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.; van der ZIEL, 303-307.

⁶⁴ Meselâ, yüklerin taşıtanın deposundan alınıp, onları limana götürecek araca yüklemek amacı ile yapılan taşımalar veya limanda gemiden boşaltılan yüklerin, onları nihai teslim yerine nakledecek olan araca yüklenmek üzere taşınması gibi ara taşımalar. Teyiden bkz. van der ZIEL, 304.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

b. Md. 82: Başka Ortamlarda Yapılan Taşımaları Düzenleyen Uluslararası Konvansiyonlar

Rotterdam Kuralları'nın 82. md. si ise, çok daha kapsamlı bir hüküm getirmektedir: bu maddeye göre, havayolu, karayolu, demiryolu ve içsuyolu ile yapılan taşımaları düzenleyen uluslararası konvansiyonların taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümleri saklı tutulmaktadır.

Söz konusu konvansiyonlar Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girdiği tarihte keza yürürlükte olmalıdır ve bu konvansiyonlarda ileride yapılacak değişiklikler de, 82. md. nin kapsamı içindedir. Fakat, hükmün açık ifadesinden anlaşılacağı üzere, diğer taşıma ortamları (mode) için, Rotterdam Kuralları yürürlüğe girdikten sonra yeni konvansiyonlar yapıldığı takdirde, bunlar 82. md. nin atfının dışında kalacaktır.

Bu madde ile atıf yapılan konvansiyonlar, *bu gün itibarı ile*, havayolu ile taşımalar bakımından Varşova/La Haye Sistemi; karayolu ile taşımalar bakımından CMR; demiryolu ile taşımalar bakımından COTIF/CIM ve içsuyolu ile taşımalar bakımından ise, 2001 Budapeşte Konvansiyon'u olmaktadır⁶⁵. Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girdiği tarihte anılan konvansiyonlar yürürlükten kaldırılmış ve yerlerine yenileri yapılmış olabilir, o zaman bu yeni konvansiyonlar md. 82 hükmünün kapsamı içinde mutalea edilecektir. Fakat, Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte iken daha sonra iptal edilerek yerlerine yenileri yapılan konvansiyonlara 82. md. uygulanamayacağı gibi, mevcut bir veya birden fazla konvansiyon yürürlükten kaldırılmadan da aynı konu hakkında yeni başka konvansiyon yapılırsa, bu yeni konvansiyonlar da 82. md. nin kapsamı dışında kalırlar⁶⁶.

Bu konular ile ilgili ayrıntılı açıklamalar, aşağıda 'V/2, d, bb' başlığı altında yer alacaktır.

V. ULUSLARARASI MULTİMODAL TAŞIMALAR İÇİN YEKNESAK HÜKÜMLER GETİRMEK AMACI İLE YAPILMIŞ BULUNAN ÇALIŞMALAR⁶⁷

Multimodal taşımalar ile ilgili hukukî konuları düzenlemek amacını güden çalışmalar oldukça eski tarihlerde başlamıştır. Bu hususlar, Deniz Hukuku Dergisi'nin 9. cildinin, 1-4 sayısında yayınlanmış olan ve burada da atıf yaptığımız çalışmamızda ayrıntılı bir surette incelenmiş olduğu için ve aynı zamanda bu makalenin hacmini fazla genişletmemek düşüncesi ile aynı konulara tekrar yer vermemeyi uygun gördük. Bu itibarla, söz konusu bilgiler için, yine anılan çalışmamıza atıf yapmakla yetineceğiz.

Aşağıda, konu ile olan yakın ilgisi ve bu alandaki ilk uluslararası birleştirme teşebbüsü olması dolayısı ile 1980 Cenevre Konvansiyonu'na, kısaca da olsa, temas edeceğiz ve sonra 2008 Rotterdam Kuralları'nın, konumuza ilişkin bulunan hükümlerini, özet halinde olmak üzere, inceleyeceğiz.

⁶⁵ Md. 82 nin uygulanması ile ilgili muhtelif alternatifler için bkz. HANCOCK, 46-50 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

⁶⁶ HONKA, 351; van der ZIEL, 310.

⁶⁷ Bu başlık altında ele alınan konular ve özellikle 1980 Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. De WIT, 147 vd.; ayrıca bkz. RAMBERG, Jan, *Unification of the Law of International Freight Forwarding*, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1998-1.htm>. (metin 23 Şubat 2011 günü incelendi).

1. Multimodal Transport Convention

a. Konvansiyon'un Hazırlanması⁶⁸

Uluslararası multimodal taşıma sözleşmeleri için uygulanacak yeknesak kuralların tesbiti amacı ile ilk adımlar, *Comité Maritime International* (CMI) tarafından düzenlenmiş olan 1911 Paris ve 1913 Kopenhag Konferansları vesilesi ile atılmıştır. Bu alanda sürdürülen ön hazırlıkların, kısmen başarı kazanamaması, kısmen de ancak belli bir olgunluk seviyesini aşamaması sonucunda varılan noktada, konu ile ilgili çalışmaların Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Komisyonu (United Nations Commission on Trade and Development - UNCTAD) tarafından sürdürülmesi kararlaştırılmıştır.

UNCTAD, 1973 yılının Mayıs ayında bir Hükümetlerarası Hazırlık Grubu (Intergovernmental Preparatory Group) kurarak, konvansiyon taslağının kaleme alınması için faaliyete geçmiştir. Hazırlık Grubu ilk toplantısını 29 Ekim-2 Kasım 1973 tarihinde yapmış ve konvansiyon taslağını 1979 yılının Mart ayında tamamlamıştır.

Bu taslak üzerinde görüşmek üzere 12-30 Kasım 1979 tarihleri arasında toplanan diplomatik konferans, müzakerelerin oldukça tartışmalı geçmesi üzerine, çalışmalarını ertelemiş ve 8-27 Mayıs 1980 tarihleri arasında Cenevre'de yapılan ikinci toplantıda, üzerinde anlaşılan metin kabul edilerek *United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods* başlığı ile, 24 Mayıs 1980 tarihinde imzalanmıştır.

Bu Konvansiyon henüz yeteri sayıda devletten onay alamadığı için yürürlüğe girmemiş olmakla beraber, uluslararası değişik ortamlarda yapılan taşımalar büyük oranda bu Konvansiyon'un temel prensiplerine uygun şart ve hükümler içeren sözleşmeler ile icra edilmektedir. Bu açıdan bakılınca, Konvansiyon'un, genel olarak, taşımacılık camiası tarafından benimsenip uygulamaya konulduğu söylenebilir.

Konuya bir başka açıdan bakıldığında ise; Konvansiyon'un uluslararası karma taşımalarda uygulanagelen kurallara büyük ölçüde yer vermiş olduğu ve dolayısı ile bir bakıma tatbikati yansıtmakta olduğu ileri sürülebilir.

Konvansiyon hakkında söylenecek bir diğer husus da, Hamburg Kuralları'ndan esinlenerek kaleme alınmış olmasıdır.

b. Konvansiyon'un Yapısı⁶⁹

1980 Konvansiyon'u, Konvansiyon'a hâkim olan temel prensiplerin ifade edildiği ve bir anlamı ile gerekçe niteliğinde görülebilecek olan *Giriş* (Preamble) bölümünden sonra, toplam 40 madde halinde, sekiz Kısım'dan oluşmaktadır.

I. Kısım *Genel Hükümler* başlığı altında (md. 1-4) tanımları, Konvansiyon'un uygulanma şartlarını, karma taşımaların düzenlenmesine ilişkin kuralları ihtiva etmektedir.

II. Kısım *Belgeleme* (Documentation) başlığı altında dokuz maddeden ibarettir (md. 5-13). Bu Kısım'da karma taşıma belgesinin düzenlenmesi, karma taşıma belgesinin türleri, belgenin içeriği ve hukukî değeri hakkında hükümler sevk edilmiştir⁷⁰.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN (Batider), 27-30; SÖZER (Multimodal), 56 vd.

⁶⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz. SÖZER (Multimodal), 60 vd.

⁷⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. ARKAN (Batider), 35-39.

III. Kısım'da (md. 14-21) Konvansiyon'un odak noktasını oluşturan ve karma taşımalarda taşıyanın, Konvansiyon'da kullanılan deyim ile "*Multimodal Transport Operator*" un, sorumluluğunu düzenleyen hükümler yer almaktadır.

IV. Kısım'da (md. 22-23) karma taşıma sözleşmesinin -esas itibarı ile⁷¹- diğer tarafı olan taşıtanın (*consignor*) sorumluluğu düzenlenmiştir.

V. Kısım, dört madde içinde (md. 24-27), zararın ihbarı, sorumluluk davası, kaza yetkisi ve tahkim konularını ele almaktadır.

VI. Kısım (md. 28-31) *Ek Hükümler* başlığı altında, karma taşıma sözleşmesinin içeriğini belirlemekte, sözleşme ile Konvansiyon hükümlerinin değiştirilemeyeceğini öngörmekte, müşteri avarya ve 1980 Konvansiyonu'nun diğer bazı konvansiyonlar ile olan ilişkisi hakkında hükümler içermekte ve sorumluluğun sınırlandırılmasında kullanılan değer birimini tarif etmektedir.

VII. Kısım tek bir madde (md. 32) içinde, gümrük işlemleri hakkında kurallar içermektedir.

VIII. Kısım Konvansiyon'un onaylanması, yürürlük hükümleri, Konvansiyon'da yapılacak değişiklikler ve Konvansiyon'un feshi gibi, her uluslararası konvansiyonda bulunması gereken ortak genel esaslara ayrılmıştır.

Konvansiyon'da bundan sonra altı maddeden oluşan (md. I-VI) bir *Annex* bölümü vardır. Burada uluslararası karma taşımalarda uygulanacak gümrük kuralları ile ilgili esaslar yer almaktadır.

c. Konvansiyon'un Temel Prensipleri

Konvansiyon, esas olarak ve karma taşımaların ayırt edici unsurlarını dikkate alarak, *tek taşıyan*, *tek sözleşme* ve *tek belge* formülü üzerine kurulmuştur.

Bu esasa göre, taşıma işini üstlenen taraf, sadece taşıyan (*carrier*) olarak değil, fakat *Multimodal Transport Operator* (MTO) olarak adlandırılmıştır (md. 1/2). MTO, taşıtanın âkidi olup, taşımanın tamamının ifasını üstlenmektedir; taşımanın tamamını bizzat yapabileceği gibi, sadece bir kısmını da yapabilir veya tamamını başkalarına yaptırır.

Taşıtan ile MTO arasında, taşımanın tümü için tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen bir sözleşme yapılacağı öngörülmüştür: *Multimodal Transport Contract* (MTC) (md. 1/3).

Konvansiyon'da, karma taşımaların diğer ayırt edici unsuru olarak, tek bir taşıma belgesi düzenlenmesi kabul edilmiştir: *Multimodal Transport Document* (MTD) (md. 1/4 ve 5-13).

MTO'nun sorumluluğunda, esas olarak *Uniform Liability System* prensibi kabul edilmiş, fakat, sınırlı ölçüde de olsa, *Network System* öngörülmüştür. Eğer zarara sebebiyet vermiş olan olayın taşımanın hangi aşamasında/bacağında vaki olduğu isbat edilebilir ise, MTO'nun sorumluluğunun sınırı, sanki bu bacak tek başına bağımsız bir taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturmakta imiş gibi tesbit edilir (md. 19).

⁷¹ Konvansiyon'un md. 1/5 hükmünde yer alan tanıma göre, *consignor* sadece taşıma sözleşmesinin bir tarafı olan taşıtan için değil, fakat yerine göre temsilci veya yükleten için de kullanılmaktadır.

MTO'nun sorumluluğu, özen borcu ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir (md. 16/1) ⁷².

Sorumlulukta esas olan sınırlı sorumluluk olup, zarara kast veya ağır ihmâl ile yol açılması halinde, sorumluluk sınırsız olacaktır (md. 21/1).

2. Rotterdam Kuralları ⁷³

a. Konvansiyon'un Hazırlanması

Rotterdam Kuralları, 1924 Brüksel Konvansiyonu ile onu tadil eden Visby Protokolü ve 1978 Hamburg Kuralları'nın yerine geçecek bir konvansiyon yapılması amacı ile hazırlanmıştır ⁷⁴.

Rotterdam Kuralları, bir yönü ile de, denizyolu ile yapılan yük taşımalarında, yükün maruz kalabileceği zararın riskinin taşıyan ile taşıtan arasında âdil ve olabildiği kadar da ilgililer tarafından kabûl görebilecek bir düzen içinde dağıtılmasının temini amacı ile sürdürülen çalışmaların son örneğidir. Bilindiği üzere bu husus ile ilgili pozitif hükümler ilk olarak Harter Act'de yer almıştır ⁷⁵.

Söz konusu mesele ile ilgili çalışmalar bir yandan da *The International Law Association* tarafından başlatılmış ve sözü edilen kuruluş, bazı hazırlık aşamalarından sonra, 1882 yılında, tarafların çıkarlarını dengeleyici nitelikte kayıtlar ihtiva eden bir örnek konişmento yayınlamıştır ⁷⁶.

Konu, bir asrı aşkın bir süredir, hukukçusu, iktisatçısı, işletmecisi, yatırımcısı, girişimcisi ve aynı zamanda siyasî otoriteleri de dahil olmak üzere, denizcilik camiasını meşgul etmektedir. Bu süre içinde, bilindiği üzere; 1921 La Haye Kuralları'ndan başlanarak, sırası ile 1924 Brüksel Konvansiyonu, ki tatbikatta La Haye Kuralları diye anılmaktadır, 1968 de yine Brüksel Konvansiyonu, ki tatbikatta La Haye-Visby Kuralları diye anılmaktadır, 1978 Hamburg Kuralları ve son aşamada da 2008 Rotterdam Kuralları hazırlanmış bu uygulama alanına konmuştur ⁷⁷. Rotterdam Kuralları da, Hamburg Kuralları gibi, UNCITRAL tarafından hazırlanmıştır. Ancak, CIM büyük destek ve katkı sağlamıştır.

1968 La Haye-Visby Kuralları'nda sonra tedricen ortaya çıkmaya başlayan ve Hamburg Kuralları'nı takip eden yıllarda önemini daha da arttıran üç gelişme ve mevcut düzenlemelerin bu ihtiyaçlara cevap verememesi, Rotterdam Kuralları'nın hazırlanmasında ciddi ölçüde âmil olmuştur: (i) Konteyner ile yapılan taşımalardaki olağanüstü artış ve bu artışa paralel olarak karşılaşılan sorunların konvansiyonlardaki hükümler ile aşılamaması, (ii) taşıma belgelerine ilişkin kurallar ve bu kuralların söz konusu belgelerin bilgisayar ortamında tutulabilmesi ve yine bu ortam içinde kullanılabilmesi için yeterli hukukî desteğin konvansiyonlarda bulunmaması ve (iii) uluslara-

⁷² ARKAN (Batider), 41.

⁷³ Rotterdam Kuralları ile ilgili açıklamamız, sadece bu makalenin ana konusu ile sınırlı, özet bir takdimden ibaret olacaktır.

⁷⁴ ATAMER, 469-470.

⁷⁵ Harter Act, 13 Şubat 1893. Kanun'un tam ismi: *An Act Relating to Navigation of Vessels*. Özet bilgi ve belli başlı kaynaklar için bkz. SÖZER (Deniz), 564 vd.

⁷⁶ STURLEY, 3,5, 24-33 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

⁷⁷ Özet bilgi ve ayrıca kaynaklar için bkz. SÖZER (Deniz), 498-500, 559-561. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

rası ticaretteki gelişme dolayısı ile, bazı büyük hacimli taşımaları öngören, uzun vadeli sözleşmelerin La Haye-Visby rejiminin dışına çıkarılmasına ihtiyaç duyulması⁷⁸.

Bu somut faktörlerin yanı sıra, Hamburg Kuralları'nda hükme bağlanmış olan konulardan, bir kısmının, bazı millî kanunlarda, farklı suretler ile düzenlenmeye başlanması dolayısı ile, deniz hukukunda belli ölçüde de olsa sağlanmasına muvaffak olunmuş bulunan ünifikasyonun bozulmasına yol açacağı endişesi de belirlemekte idi⁷⁹. Bu probleme çare bulunması amacı ile CMI bünyesinde kurulan komite⁸⁰ tarafından bir çalışma yürütülmüş ve 1990 yılında, muhtelif çözüm önerilerini ihtiva eden bir rapor hazırlanmıştır⁸¹.

Rotterdam Kuralları'nın başlangıç noktası, 1996 yılında yapılan bir toplantıda⁸², UNCITRAL'ın Electronic Data Interchange (EDI) projesi kapsamında, bu kuruluşun denizyolu ile yapılan yük taşımalarında da bilgisayar kullanımının genel durumunu incelemesi ve ihtiyaçların belirlenmesi için çalışmalar yapması yolunda alınan karar olmuştur. Bu karar ile UNCITRAL'a ilgili kuruluşlar ve özellikle de uluslararası organizasyonlar ile işbirliği yapması için de yetki verilmiştir⁸³.

Bu yetki çerçevesinde CMI ile irtibat kuran UNCITRAL, yeni bir konvansiyon için hazırlık çalışmalarına başlanması için talepte bulunmuştur. Esasında CMI bu konu ile ilgili olarak ilk teşebbüslere 1988 senesinde başlamış olup, CMI Assamblesi 22 Nisan 1988 tarihindeki toplantısında Prof. Francesco Berlingieri'ye bir rapor hazırlaması için görev vermişti⁸⁴.

Bu talep üzerine, CMI tarafından kurulan *Steering Committee*, 1998 yılında yayınladığı bir rapor ile, yapılması gereken olan çalışmalar hakkında bir proje kaleme almıştır⁸⁵.

Bu şekilde başlayan çalışmalar, muhtelif aşamalardan geçmiş, değişik komitelerin ve grupların incelemeleri ve tartışmaları ile belli bir olgunluğa kavuşmuş ve neticede yazılan taslak konvansiyon metni, 2008 yılının Haziran ayında yapılan toplantısında, UNCITRAL tarafından kabûl edilerek, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na (UN General Assembly) sunulmuştur. Metin, Genel Kurul tarafından, "Altıncı Komite (Sixth Committee)" olarak da bilinen Hukuk Komitesi'ne havale edilmiştir. Hukuk

⁷⁸ STANILAND, Hilton, "Preface" *Rotterdam Rules*, Debattista et al.V; SEKOLEC, Jernej, "Foreword" *XXI Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.

⁷⁹ von ZIEGLER, 107.

⁸⁰ Comité Maritime International International Sub-Committee on "Uniformity of the Law of the Carriage of Goods by Sea in the Nineteen-Nineties".

⁸¹ "Problems of the Hague-Visby Rules and Possible Solutions" başlığını taşıyan bu rapor, 1990 yılının Haziran ayında Paris'te düzenlenmiş olan konferansa (bkz. *Comité Maritime International Yearbook XXXIV Conference-Paris*) sunulmuş, müzakerelerden sonra 29 Haziran 1990 tarihi ile "Paris Declaration on Uniformity of the Law of Carriage of Goods by Sea" başlığı altında, müteakip çalışmalar için temel alınması uygun görülen bir metin niteliği ile yayınlanmıştır. Bkz. BERLINGIERI, 1-2 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.

⁸² 28 Mayıs-14 Haziran 1996.

⁸³ STURLEY, 11-12 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed. Söz konusu metin için bkz. von ZIEGLER, 108-109.

⁸⁴ Prof. Berlingieri'nin raporu için bkz. *Comité Maritime International Yearbook 1991* c. II, s. 104-176.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. von ZIEGLER, 109-117.

Komitesi'nin tasarımı uygun görmesi ve konvansiyon olarak kabul edilmesini tavsiye etmesi üzerine, Genel Kurul 11 Aralık 2008 tarihinde yapılan 67. toplantısında 63/122 sayılı Karar ile tasarı metni *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*⁸⁶ olarak kabul etti ve imza töreninin 23 Eylül 2009 günü Rotterdam şehrinde yapılmasını kararlaştırdı. Bu sebeple, bu Konvansiyon, *Rotterdam Kuralları* olarak anılmaktadır⁸⁷.

Bu Konvansiyon, 94. md. sinin koyduğu şart gereğince, yirminci onaylama veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten bir yıl geçtikten sonra gelen ilk ayın birinci günü, onaylamış bulunan devletler arasında, yürürlüğe girecektir⁸⁸.

b. Konvansiyon'un Yapısı⁸⁹

Ayrıntıya girmeden önce söylenecek olan şudur ki, Rotterdam Kuralları uluslararası konvansiyonlarda çok rastlanmayan sayıda maddeyi ihtiva eden, oldukça uzun bir metindir⁹⁰. Ayrıca bir çok maddenin de bir hayli ayrıntılı hüküm ettiği dikkate alınacak olursa, Konvansiyon'un oldukça *unorthodox* bir düzenlemeyi yansıttığı söylenebilir.

Konvansiyon 18 Chapter (fasıl/bölüm/kısım/bab !) içinde toplanmış 96 maddeden oluşmaktadır. Her Chapter bağımsız bir konuya ayrılmış olup, bunlar arka arkaya yazılmıştır, ayrıca üst kavramlar altında daha sistematik bir düzenleme yapılmamıştır.

Bazı maddeler çok uzundur; meselâ, md. 17 ile md. 47 bir buçuk sayfadır.

Ciddî bir eksiklik (nakîsa), tariflerin (md. 1) alfabetik sırada yazılmamış olmasıdır, 1. md. nin 1. bendi "Contract of carriage", 2. bendi "Volume contract", son bent olan 30. bendi ise "Competent court" kavramının tarifini vermektedir.

c. Konvansiyon'un Uygulama Alanı ve Temel Prensipleri

aa. Konvansiyon'un Konu İtibarı ile Uygulanma Alanı

Konvansiyon, başlığından da anlaşılacağı üzere, denizyolu ile yük taşıma sözleşmelerini düzenlemektedir; fakat, Konvansiyon, amaç aynı zamanda karma taşımalar hakkında da hüküm getirmek olduğu için, sadece denizyolu ile taşımayı öngören sözleşmelere değil, fakat taşıma işleminin bir kısmının deniz yolu ile bir kısmının da başka ortamlarda yapılacağı öngörülen taşıma sözleşmelerine de uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Konvansiyon'un uygulama alanına girecek olan taşıma sözleşmesi, Konvansiyon'un 1/1 md. sinde şöyle tanımlanmıştır: "... Sözleşme, denizyolu ile taşımayı

⁸⁶ Taşımanın Tamamının veya Bir Kısmının Denizyolu ile Yapıldığı Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. REYNOLDS, Francis, "Hague, Visby, Hamburg and Rotterdam-A Maritime Tour of Northern Europe", *Serving the Rule of International Maritime Law-Essays in Honour of Professor David Joseph Attard*, Norman A. Martinez Gutiérrez (ed.), Routledge, Oxon 2010, 236-250, s. 246-250; STURLEY, 11-24 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed. Ayrıca bkz. *Comité Maritime International Yearbook Yearbook 2009*, 252-254.

⁸⁸ Bu makalenin kaleme alındığı sırada, sadece İspanya katılma belgesini tevdi etmiştir; bkz. yukarıda dn. 12.

⁸⁹ Genel nitelikte bir açıklama için bkz. BERLINGIERI, 3-6 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.; REYNOLDS, 246-250; STURLEY, 24-30 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

⁹⁰ Birleşmiş Milletler'in web sayfasından indirilen metin toplam 39 sayfadır.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

öngöreceği gibi, denizyolu ile taşımanın yanı sıra, başka ortamlarda taşımayı da öngörebilir.”⁹¹. Denizyolu ile yük taşımanın taahhüt edilmiş olması, Konvansiyon hükümlerinin uygulanması için zorunlu şart olup, kısmen de olsa denizyolu ile taşımanın öngörülmediği sözleşmeler, Konvansiyon’un kapsamına girmeyecektir⁹²; velev denizyolundan yapılacak taşımanın mesafesi çok kısa olsa dahi⁹³.

Konvansiyon’un md. 5/1 hükmünde yer alan şart da dikkate alındığı zaman, Rotterdam Kuralları’nın uygulanabilmesi için, taşıma sözleşmesinde, taşımanın tamamının veya bir kısmının denizyolu ile yapılacağı öngörülmüş olduktan başka, taşımanın, sözleşme şartlarına uygun olarak, tamamının veya bir kısmının, fiilen de denizyolu ile yapılmış olması icab edecektir⁹⁴.

Bu açıdan bakıldığı zaman, Rotterdam Kuralları’nın genel yaklaşım olarak, denizyolu ile yapılan yük taşımalarına özgü temel prensiplerin, diğer ortamlarda yapılan taşımalar için de uygulanmasını öngördüğü ileri sürülebilir ve dolayısı ile de, Rotterdam Kuralları’nda, esas olarak kabul edilen sorumluluk rejiminin *uniform liability system* olduğu söylenebilir. Fakat, zararın, deniz bacağı dışında olmak şartı ile, hangi aşamada/ortamda meydana geldiği isbat edilebildiği takdirde (localisation of damage), sorumluluk *network system* esasına dayandırılmıştır⁹⁵.

Denizyolu ile taşıma şartının bulunması, Rotterdam Kuralları’nın gerçek anlamda multimodal taşımaları kapsayan bir konvansiyon olarak nitelendirilmesine engel olmakta ve bu itibarla doktrinde *maritime plus* olarak anılmaktadır⁹⁶.

bb. Konvansiyon’un Yer İtibarı ile Uygulanma Alanı

Rotterdam Kuralları’nın uygulanması için, md. 5 hükmü uyarınca:

- i. Taşıma sözleşmesine göre hem yükün teslim yeri ile teslim yeri iki ayrı devletin ülkesinde bulunmalıdır ve hem de denizyolu ile taşıma bacağına yükleme limanı ile boşaltma limanı iki ayrı devletin ülkesinde yer almalıdır, ve
- ii. İşaret edilen yerlerden (tesellüm yeri, yükleme limanı, teslim yeri, boşaltma limanı) bir tanesi, Konvansiyon’u onaylamış olan devletlerden bir tanesinin ülkesinde bulunmalıdır (md. 5/1).

cc. Konvansiyon’un Zaman İtibarı ile Uygulanma Alanı

Rotterdam Kuralları ile, sınırlı bir ölçüde de olsa, multimodal taşımaların düzenlenmesi amaçlanmıştır. Bu ana fikre uygun olarak da, taşıyanın sorumluluk süresi *door-to-door/kapıdan kapıya* formülü ile belirlenmiştir.

⁹¹ “... The contract shall provide for carriage by sea and may provide for carriage by other modes of transport in addition to the sea carriage.”

⁹² Rotterdam Rules, Debattista *et al.* 15; STURLEY, 41-43 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.

⁹³ RAMBERG, 279.

⁹⁴ *Diamond*, sözleşme şartlarına ağırlık vermekle beraber, değişik bir yorum ileri sürmektedir, DIAMOND, 140.

⁹⁵ FUJITA, 357 vd., özellikle, 362; RASMUSSEN, 143-144 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.; ULFBECK, 85 vd.

⁹⁶ ATAMER, 478; Rotterdam Rules, Debattista *et al.*, 1, 16; THOMAS, 53 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.; van der ZIEL, 302-303.

Bilindiği üzere; 1924 Brüksel Konvansiyonu'nda bu süre *tackle-to-tackle* formülüne göre (md. 1/e), Hamburg Kuralları'nda ise *port-to-port* esasına göre tanımlanmıştı (md. 4/1).

Rotterdam Kuralları'nda, md. 12/1 ile, taşıyanın sorumluluğunda *door-to door* prensibi kabul edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, taşıyanın sorumluluğu, yükü ilk olarak teslim aldığı⁹⁷, diğer bir deyişle yükün doğrudan zilyedliğini devir aldığı andan, taşımanın sonunda, yükün doğrudan zilyedliğini devir ettiği, nihaî teslim anına kadar devam etmektedir⁹⁸.

Bu süre diğer taraftan da, esas kural itibarı ile, taşıyanın sorumluluk taşıdığı süreyi ifade etmektedir⁹⁹. Bununla beraber, taşıyanın sorumlu olacağı sürenin, prensip olarak, sözleşme ile tayin edilmesi de mümkündür, yeter ki, sorumluluk süresinin emredici olarak belirlendiği md. 12/3 hükmü ihlâl edilmesin. Söz konusu hüküm, *taşıyanın emredici olarak sorumlu bulunacağı sürenin*, yüklemenin başladığı an ile boşaltmanın tamamlandığı an arasındaki süre olacağını öngörmektedir. Md. 12/3, sözleşme ile, yükün teslim anının, yüklemenin başlangıcından sonraki bir an olarak kabul edilemeyeceğini ve teslim anının da, boşaltmanın tamamlandığı andan daha önceki bir an olarak belirlenemeyeceğini âmir olup, aksine sözleşme şartlarının geçersiz olacağını söylemektedir¹⁰⁰. Yükleme-boşaltma aşamalarında kullanılan deyimler ile ifade edilecek olursa, Rotterdam Kuralları, taşıyanın sorumluluğunda *door-to-door* ilkesini kabul etmiş, fakat, sorumluluğun emredicilik vasfını *tackle-to-tackle* formülü ile tesbit etmiştir¹⁰¹.

Bu düzenleme karşısında, Rotterdam Kuralları'na tâbi bir sözleşmede FIO/FIOS klotlarının nasıl yorumlanacağını da tartışma konusu yapılması icab edecektir.

FIO klozu ile yükün gemiye yüklenmesi ve geminin içinde konulacağı yere bırakılması taşıyanın yükümlülüğüne ve sorumluluğuna terk edilir; istifleme ise taşıyan tarafından yapılır. Boşaltmada, yükün gemide bulunduğu yerden çözülerek gönderilene teslim edilmesi taşıyan tarafından icra edilir; bundan sonra yükün gemiden çıkarılması ve karaya indirilmesi gönderilenin sorumluluğundadır.

FIOS klotunda, yükün istiflenmesi de taşıyanın sorumluluğundadır.

⁹⁷ Sorumluluk, ancak, bütün taşıma sözleşmeleri bakımından da olduğu gibi, yükün taşınmak amacı ile teslim alınması ile başlar, yükün depolanması veya başka bir amaçla taşıyana teslim edilmiş olması, Rotterdam Kuralları bakımından sorumluluk süresinin başlamasına yol açmaz, NIKAKI, 94 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

⁹⁸ ATAMER, 478; DELEBECQUE, 79-82 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.; STURLEY, 27-28 ve 31-32 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.. Bu bağlam içinde teslim kavramı için bkz. SÖZER (Deniz), 606-607 ve dn. 142.

⁹⁹ Md. 12/1 "The period of responsibility of the carrier for the goods under this Convention begins when the carrier or the performing party receives the goods for carriage and ends when the goods are delivered."

¹⁰⁰ Md. 12/3 "... a provision ... is void to the extent that it provides that:

(a) The time of receipt of the goods is subsequent to the beginning of their initial loading under the contract of carriage; or

(b) The time of delivery of the goods is prior to the completion of their final unloading under the contract of carriage.

¹⁰¹ FUJITA, 353-354.

Ancak, FIO/FIOS klozları her zaman ve her yerde aynı anlama gelmezler ve değişik hukuk sistemlerinde, bu klozların farklı hüküm ve sonuçları vardır. Bazı hukuk sistemlerinde FIO/FIOS şartı hem sorumluluğun ve hem de masrafların hangi tarafa ait olacağını gösterir. Bazı hukuklarda ise, bu klozlar sadece masraflar ile ilgili olup, sorumluluk bakımından her hangi bir değer taşımazlar¹⁰².

Rotterdam Kuralları açısından bakıldığında, kural olarak, FIO/FIOS klozu ile taşıyanın sorumluluk taşıdığı sürenin yüklemenin tamamlandığı andan başlatılıp, boşaltmanın başladığı an bitecek şekilde sınırlandırılması mümkün değildir (md. 12/3). Fakat, md. 13/2, denizcilikte yerleşmiş bazı uygulamaları dikkate alarak, yüklemenin, handlingin, istiflemenin veya boşaltmanın, sözleşme ile taşıtana veya gönderilene bırakılabileceğini kabûl etmektedir. Bu klozun geçerlik şartı, sözleşme hüküm ve şartlarında¹⁰³ gösterilmiş olmasıdır¹⁰⁴.

FIO/FIOS klozu ile taşıyan sadece yükleme, handling, istifleme ve boşaltma işlemlerini taşıtana devir edebilmektedir; fakat, bu kloz, taşıyanın sorumluluk taşıdığı süreyi kısaltmaz ve taşıyanın, genel anlamı ile yüke özen göstermek yükümlülüğü yine de devam eder, meselâ, taşıyanın yükün tesellümünde, yüklenmesi-boşaltılması aşamalarında yüke nezaret etmek, yükün korunması için tedbirler almak borcu saklıdır¹⁰⁵.

Konuya, Konvansiyon'un md. 17/3 (i) hükmü açısından bakıldığında da, FIO/FIOS klozları ile, sadece yükleme, handling, istif ve boşaltma işlemlerinin ve söz konusu işlemler sebebi ile doğacak sorumluluğun taşıtana veya gönderilene aktarılabileceği söylenebilecektir¹⁰⁶.

dd. Sorumluluk ile İlgili Hükümler

i. Genel Olarak

Konvansiyon'da taşıyanın¹⁰⁷ sorumluluğu *kusurlu sorumluluk* olarak düzenlenmiştir (md. 17/2)¹⁰⁸.

Fakat, Konvansiyon'un 26. veya 82. md. si uyarınca uygulanması gerekecek olan hükümler, taşıyan için kusursuz sorumluluk rejimini kabûl etmiş ise, kuşkusuz, taşıyanın sorumluluğu söz konusu hükümlere göre tayin edilecektir.

¹⁰² SÖZER (Deniz), 576, 598-599.

¹⁰³ Sözleşme şartları/hükümleri (Contract Particulars) md. 1/23 de "Taşıma senedi veya elektronik taşıma kaydında yer alan ve taşıma sözleşmesine veya yüke dair (sözleşme şartları, el yazısı notlar, imzalar ve cirolar da dahil) her türlü bilgilerdir." şeklinde tarif edilmiştir.

¹⁰⁴ DELEBECQUE, 84-85 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds NIKAKI, 93 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

¹⁰⁵ NIKAKI, 94 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

¹⁰⁶ FUJITA, 355-356; NIKAKI, 93-94 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed..

¹⁰⁷ Rotterdam Kuralları, taşıyan ile birlikte, taşıma sözleşmesinin ifasına katılan başka kişilerin de sorumluluklarını düzenlemektedir; biz bu çalışmamızda, konuyu dağıtmamak için sadece taşıyanı ele almaktayız. Rotterdam Kuralları'nın hak ve borçlarını belirlediği diğer *aktörler* için bkz. BERLINGIERI, 7 vd. *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.; THOMAS, 56 vd. *Rotterdam Rules*, Thomas, ed. Ayrıca bkz. ATAMER.

¹⁰⁸ HANCOCK, 42 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.; THOMAS, 52 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

Sorumlulukta prensip olarak *uniform liability system* esas alınmıştır; ancak, zararın taşımanın denizyolu ile yapılan bacağından dışında (non-sea leg) vaki olduğu isbat edilebildiği hallerde (localised damage), sınırlı *network system* kabûl edilmiştir¹⁰⁹.

Taşıyan, yükün zayı (kayıp) olması ile hasara uğramasından ve teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur (md. 17/1). Yükün zıyayı (kayıbı), hasara uğraması ve teslimdeki gecikme kavramları, yerleşmiş hukuk prensipleri ile belirlenmiş olan klâsik anlamları çerçevesinde anlaşılacaktır.

Kayıp, hasar veya gecikmenin veya bunlara sebebiyet vermiş olan olayın, taşıyanın 4. bölümde tanımlanmış olan sorumluluk süresi içinde vaki olduğunu isbat, talepte bulunan tarafa aittir (md. 17/1).

Md. 17/1 hükmü ile Rotterdam Kuralları, iki ayrı kıstası da kabûl etmiş olmaktadır. Hem gerçek zararın, yani yükün kayıp olmasının veya hasara uğramasının veya gecikmenin, yükün taşıyanın zilyedliği altında meydana gelmesini aramış; diğer taraftan da, yükün kaybına, hasara uğramasına veya teslimin gecikmesine sebep olan olayın, diğer bir deyiş ile, *kritik olayın*, yüklerin taşıyanın zilyedliği altında iken vaki olması alternatifini de, taşıyanın sorumluluğu için yeterli görmüştür.

Taşıyan, zarara yol açmış olan sebebin veya sebeplerden bir tanesinin kendisinin veya 18. md. icabı sorumluluklarını temsil ettiği kişilerin kusurundan doğmadığını isbat edebildiği takdirde, sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulur (md. 17/2).

Taşıyan, ayrıca, zararın md. 17/3 hükmünde, 15 bent halinde sayılan hallerden bir tanesine bağlı olarak meydana gelmiş olduğunu isbat ederek de sorumluluktan kurtulabilir.

ii. Geminin Sefere Elverişli Halde Bulundurulması

Rotterdam Kuralları, md. 14 ile, taşımanın denizyolu ile yapılacak aşaması için taşıyan gemiyi sefere elverişli halde bulundurmak borcunu yüklemiştir¹¹⁰.

Bu borç, anlaşılacağı üzere, taşıma sözleşmesinin sadece denizyolu ile ifa edilecek olan aşaması/bacağı için söz konusudur.

Buradaki yükümlülükten, kural olarak, genel-geçer kapsamı ve içeriği ile, taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurmak borcu anlaşılmalıdır. Rotterdam Kuralları'nın söz konusu 14. md. si ile mutlak bir sorumluluk öngörülmüş olmayıp, gemiyi sefere elverişli halde bulundurmak için gereken özenin gösterilmesi aranmıştır¹¹¹.

Fakat Rotterdam Kuralları'nın değinmekte olduğumuz hükmü standart *elverişli gemi* kavramını, dolayısı ile de taşıyanın yükümlülüğünü, iki unsurun ilavesi ile genişletmiştir:

¹⁰⁹ HANCOCK, 42-44 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.; RASMUSSEN, 145 vd. *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.

¹¹⁰ Sefere elverişlilik kavramı için özel olarak bkz. SÖZER, Bülent, *Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 113, Ankara 1975; ayrıca bkz. SÖZER (Deniz), 577 vd.

¹¹¹ DELEBECQUE, 88 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.; NIKAKI, 106 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

i. Gerek 1924 Brüksel Konvansiyonu'nda¹¹² ve gerekse de, söz konusu Konvansiyon'dan hukukumuzda alınmış kapsamı ile, kural olarak geminin navlun sözleşmesinin icra safhasının, diğer bir ifade ile, yolculuğun başlangıcında, sefere elverişli halde bulundurulması lâzımdır¹¹³. Navlun sözleşmesine konu teşkil eden yük yüklen-dikten sonra, somut navlun sözleşmesinin ifası için geminin rıhtımdan veya demir yerinden ayrılması ile, yolculuğun başladığı kabûl edilir.

Rotterdam Kuralları ise, taşıyanın gemiyi yolculuk başlamadan önce, yolculuğun başlangıcında ve yolculuğun devamı süresince sefere elverişli halde bulundurmak için gereken özeni göstermekle yükümlü tutmuştur (md. 14)¹¹⁴¹¹⁵. Doktrinde, yolculuğun devamı - *during the voyage by sea* - deyiminden, varma limanında yüklerin gemiden boşaltılmasının tamamlandığı ana kadar geçen sürenin anlaşılması gerektiği kabûl edilmektedir¹¹⁶.

ii. Yine, yerleşmiş kapsam ve içeriği ile, sefere elverişlilik, *gemi* bakımından söz konusudur; fakat, Rotterdam Kuralları, taşıyana, kendisi tarafından sağlanmış olan konteynerleri de, yüke elverişli halde bulundurmak borcunu yüklemiştir. Konteynerlerin yüke elverişli olup olmadıkları, genel olarak geminin yüke elverişliliğinin tayininde kullanılan kıstaslara göre tayin edilecektir. Şu halde, klâsik anlamda, geminin ambarlarının veya yükün konulabileceği diğer yerlerinin yüke elverişli olmasından ne anlaşılıyor ise, taşıyan tarafından temin edilmiş olan konteynerler bakımından da aynı kriterler geçerli olacaktır¹¹⁷.

iii. Sorumluluğun Sınırlandırılması

Taşıyanın sorumluluğu, uyumsuzluk konusu olan yükler için kg. başına '3' Özel Çekme Hakkı veya parça veya diğer taşıma ünitesi başına '875' Özel Çekme Hakkı ile sınırlandırılmıştır. Burada dikkat çekici husus şudur ki, sorumluluk, mutad olduğu surette, sadece yük ziya ve hasarları ile ilgili talepler bakımından sınırlandırılmış olmayıp, taşıyanın Konvansiyon'dan doğan bütün borçlarından doğan sorumluluğu söz konusu sınıra tâbi tutulmuştur (md. 59/1). Sadece, gecikme zararları ayrı bir maddede ele alınmıştır (md. 60)¹¹⁸.

¹¹² International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25th August 1924.

¹¹³ Brüksel Konvansiyonu md. III/1, ETK. md. 1019, YTK. md. 1141.

¹¹⁴ *The carrier is bound before, at the beginning of, and during the voyage by sea to exercise due diligence to ...*

¹¹⁵ Esasında, Türk Hukuku bakımından da, taşıyanın gemiyi sefere elverişli halde bulundurmak yükümlülüğü, navlun sözleşmesinin ifa aşamasının tamamını kapsamaktadır ve ancak varma limanında yükün boşaltılması ile sona erer. Ancak, bu yükümlülük iki ayrı aşama bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir ve seferin başlamasından sonraki dönem için bu yükümlülük, *yüke özen borcu* olarak ETK. md. 1061 ve devamındaki hükümlere tâbi tutulmuştur (YTK. md. 1178 vd.).

¹¹⁶ NIKAKI, 107 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

¹¹⁷ NIKAKI, 103 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

¹¹⁸ "Subject to article(s) 60 ... the carrier's liability for breaches of its obligations under this Convention is limited to ...".

Ancak, davacı tarafın, zararın, sınırlı sorumluluktan yararlanmak isteyen kişinin, kastı veya bir zararın meydana gelebileceğini bilerek ve buna rağmen pervasızca yaptığı bir davranış sonucunda vaki olduğunu isbat etmesi halinde, sınırlı sorumluluk kuralından yararlanılmaz (md. 61/1).

d. Karma Taşımalar ile İlgili Düzenleme

Yukarıda¹¹⁹ kısaca değinmiş olduğumuz gibi, Rotterdam Kuralları, esas olarak karma taşımaları düzenlemek amacı ile hazırlanmış olmakla beraber, daha önce de işaret ettiğimiz üzere, denizyolu ile taşımayı içermeyen taşıma sözleşmelerine uygulanma imkânı yoktur ve dolayısı ile de gerçek anlamı ve içeriği ile bir *Multimodal Transport Convention* niteliğine sahip olmadığından, doktrin Konvansiyon'a *maritime plus* deyimini yakıştırmıştır.

Konvansiyon, değişik ortamlarda yapılan taşımalar hakkında, iki ayrı hüküm ihtiva etmektedir. Bunlardan bir tanesi, denizyolu ile taşıma safhasının/bacağının dışında kalan safha (lar) içinde meydana kalan yük zararları hakkındadır (md. 26), diğeri ise başka ortamlarda yapılan taşımalara ait esaslar içermektedir (md. 82).

aa. Yük Zararının Denizyolu ile Taşıma Safhasının Dışında Meydana Gelmesi

Rotterdam Kuralları, bu madde ile, sınırlı bir *network system* esasına dayanan sorumluluk rejimi getirmiştir¹²⁰.

Yükün kaybının veya hasara uğramasının veya tesliminin gecikmesine sebep teşkil eden olayın veya durumun¹²¹, yüklerin gemiye yüklenmesinden önce veya gemiden boşaltılmasından sonraki bir safhada/aşamada meydana geldiği, diğer bir ifade ile, denizyolu ile taşıma aşamasının dışında (non-sea leg) vaki olduğu isbat edilebildiği takdirde; şayet taraflar sadece söz konusu aşama/safha için bir taşıma sözleşmesi yapmış olsa idiler, bu sözleşmeye emredici olarak uygulanması gereken olan bir uluslararası konvansiyon var ise, taşıyanın sorumluluğu, bu konvansiyona göre tayin edilir (md. 26); aksi takdirde Rotterdam Kuralları uygulanır¹²².

Ne var ki, bu hüküm ile yapılan atfin kapsamı oldukça sınırlıdır, söz konusu konvansiyonun sadece taşıyanın sorumluluğuna, bu sorumluluğun sınırlandırılmasına ve hak sahibinin taşıyan aleyhine dava açma süresine ilişkin olan maddeleri uygulanabilir.

Yük kayıp veya hasarının veya teslimdeki gecikmeye yol açmış olan olayın nerede vaki olduğu tesbit edilemediği takdirde¹²³ veya birden fazla ortamda vaki olduğu veya belli bir ortamda vaki olmuş olsa dahi sonuçlarını müteakip ortamda/ortamlarda gösterdiği hallerde, yine Rotterdam Kuralları uygulanacaktır.

Değindiğimiz 26. md. nin uygulanabilmesi için bir diğer şart da, zarara yol açmış olan olayın vaki olduğu aşamanın, bağımsız ve uluslararası nitelikte bir taşıma sözleşmesine konu olabilecek tür ve içerikte bir taşıma yükümlülüğü teşkil etmesidir; denizyolu ile taşıma bacağına veya karayolu ile veya demiryolu ile taşıma gibi bir

¹¹⁹ Bkz. V/2-c-aa.

¹²⁰ FUJITA, 357 vd.; HANCOCK, 43 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.; van der ZIEL, 303 vd.

¹²¹ "... event or circumstance ...".

¹²² FUJITA, 362; HANCOCK, 43; RASMUSSEN, 142 vd.; THOMAS, 65-66.

¹²³ Diğer bir deyişle bu hüküm *non-localised damage* için uygulanmaz.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

diğer aşamanın ifasını sağlamak için yapılan tali/fer'i nitelikteki taşımalar, md. 26 hükmünün kapsamına girmez ve uyuşmazlığa Rotterdam Kuralları'nın hükümleri uygulanır¹²⁴.

Söz konusu 26. md. nin uygulanmasında dikkate alınması gereken diğer bazı önemli noktalar da vardır; bunlara aşağıda kısaca yer vereceğiz:

i. Madde metninde, *international instrument* deyimini kullanılmıştır, ki bu kavramın *international convention* deyiminin karşılığı olmadığı ortadadır. *International instrument* deyimini kullanılarak, hükümdeki atıf ile sadece standart anlamdaki uluslararası konvansiyonlara işaret edilmeyip, aynı zamanda Avrupa Birliği'nin *Regulation* veya *Directive* niteliğindeki kuralları da 26. md. nin kapsamına alınmıştır. Millî mevzuat ise tamamen maddenin dışında tutulmuştur¹²⁵.

ii. Yükteki kayıp veya hasarın fiilen denizyolu ile taşıma aşamasının dışında gerçekleşmiş olması icab etmektedir; kayıp veya hasarı meydana getirmiş olan olayın/sebebin değil. Aynı şekilde, kayıp veya hasarın tesbit edilmiş olduğu an da önem taşımamaktadır.

Doktrinde, *van der Ziel* metindeki *occurred* kelimesinin özel olarak seçildiğini, alternatif tekliflerden *caused* veya *detected* kelimelerinin kabûl görmediğini açıkça ifade etmektedir¹²⁶.

Gecikmede ise, gecikmeye sebebiyet vermiş bulunan olay veya durumun, yine bu aşamada vakî olması aranacaktır.

iii. 26. md. de atıf yapılan *international instrument* hükümlerinden, sadece, emredici nitelikteki kurallar uygulanabilir ve bunlar Rotterdam Kuralları'nın üstünde, *lex specialis* hüviyeti ile, doğrudan uygulama kabiliyetine sahip olurlar¹²⁷.

van der Ziel, 26. md. ile öngörülmüş bulunan düzenleme çerçevesinde uygulanma kabiliyeti olduğu tesbit edilebilen *international instrument* kuralının uygulanmasının mecburî olduğu ve hatta davaya bakan mahkemenin bağlı olduğu devlet tarafından, söz konusu *international instrument* onaylanmış olmasa dahi, mahkemenin yine de tesbit edilen kuralı uygulamak mecburiyetine olduğu görüşündedir¹²⁸.

bb. Başka Ortamlarda Yapılan Taşımaları Düzenleyen Konvansiyonlar

Rotterdam Kuralları'nın 82. md. sinde, konvansiyonlar arası çatışmaları (conflicts between conventions) önlemek amacı ile konmuş kurallar yer almaktadır.

¹²⁴ DIAMOND, 144; HANCOCK, 43-44 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.; ayrıntılı açıklama için bkz. van der ZIEL, 303 vd.

¹²⁵ RASMUSSEN, *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.147; van der ZIEL, 303 vd.

¹²⁶ van der ZIEL, 305 vd. Ayrıca bkz. RASMUSSEN, *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.146.

¹²⁷ RASMUSSEN, 144, 149. Bununla beraber, yine *Rasmussen*, 26. md. nin emredici nitelikte olmadığını ve tarafların bu hükmün dışında bir sorumluluk rejimi kabûl edebileceklerini ileri sürmektedir, RASMUSSEN, *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds. 145.

¹²⁸ van der ZIEL, 306. Buna karşılık, *Fujita*, aksi görüşte olup, 26. md. nin, şartları gerçekleştiği takdirde, mahkemenin söz konusu *international instrument* tarafından öngörülen sorumluluk kurallarını uygulamak yetkisine sahip olduğunu kabûl etmekle beraber, mahkemeye bu istikamette bir mecburiyet yüklediğini ileri sürmektedir, FUJITA, 360.

i. Md. 82/a, havayolu ile yapılan taşımalar hakkında hüküm içermektedir. Bu alan Varşova/La Haye Sistemi'ne dahil olan konvansiyonlar ve/veya protokoller ile düzenlenmiştir. Son metin 1999 Montreal Konvansiyonu'dur. Montreal Konvansiyonu'nun 18/1. md. sine göre taşıyan yükün kayıp olmasından veya hasara uğramasından ancak, kayıp veya hasara sebebiyet vermiş olan olayın havayolu ile taşıma süresi içinde vaki olması şartına bağlı olarak sorumlu tutulabilir.

Md. 18/4, c. 1, prensip olarak, hava meydanının dışında karayolu, denizyolu veya içsuyolu ile yapılan taşımaların, havayolu ile taşıma sayılmayacağını öngörmektedir; fakat, ikinci cümleye göre, yükün taşıma sözleşmesinin ifası sırasında yükleme, teslim veya aktarma işlemlerinin icrası amacı ile karada, denizde veya içsullarda taşınması da, havayolu ile taşıma süresinin içinde yapılan taşıma olarak kabul edilecektir.

Md. 18/4 ise, yükün havayolu ile taşınacağına şart edildiği bir sözleşmenin ifası sırasında, yük, taşıtanın izni olmaksızın başka bir ortamda taşınacak olursa, bu taşımanın yine havayolu ile yapılan bir taşıma olarak kabul edileceğini söylemektedir.

Şu halde, şartlar gerçekleştiği takdirde, havayolu ile taşıma ve bu taşımanın ifası amacı ile yapılmış olmak kaydı ile, karayolu veya denizyolu veya içsuyolu ile yapılacak taşımalar, Rotterdam Kuralları'nın kapsamı dışında kalacak ve havayolu ile yük taşımalarını düzenleyen konvansiyon veya protokollerin hükümlerine tâbi olacaktır.

Meseleye, konuya ilişkin paralel bir hüküm açısından bakıldığı zaman da, Montreal Konvansiyonu'nun 38/1 md. sinin, karma taşımaların, havayolu ile yapılan aşamasının/bacağının anılan Konvansiyon'un hükümlerine tâbi olacağını tesbit ettiği görülür¹²⁹.

ii. Md. 82/b, karayolu ile yapılan taşımalara ilişkindir. Karayolu ile yapılan yük taşımaları, CMR olarak kısaltılan Konvansiyon¹³⁰ ile düzenlenmiştir. Bu hüküm, esasında, Rotterdam Kuralları'nın, şartları uygun olduğu hallerde, karayolu ile yapılan taşımalara uygulanmasını engellemektedir; Rotterdam Kuralları'nın kapsamı dışına çıkarılan taşıma, sadece, yüklerin karayolu ile taşıma aracından boşaltılmadan, karayolu ile taşıma aracı ile birlikte, denizyolu ile, yani bir gemide taşınması söz konusu olduğu hallerde söz konusudur (md. 2/1). Yükün taşıttan boşaltılarak gemiye yüklenmesi halinde ortaya çıkabilecek olan uyumsuzluk Rotterdam Kuralları'na bağlı olacaktır¹³¹.

Anlaşılabileceği üzere; md. 82/b, esasında RO-RO trafiğini hedef almaktadır ve dolayısı ile sadece RO-RO şartını içeren bir karma taşıma sözleşmesi hakkında hüküm ifade edecektir¹³².

iii. Md. 82/c de, md. 82/b hükmüne paralel bir düzenleme getirmektedir ve COTIF/CIM hükümlerine atıf yapmaktadır. Yukarıda da¹³³ anıldığı gibi, COTIF/CIM (1999) metninde, COTIF md. 2 § 1 (a) 1 ve md. 24 ile CIM md. 1 §§ 3 ve 4, demiryollarını birbirine bağlayan denizyolları ile içsuyollarında yapılan taşımaları da COTIF/CIM hükümlerine tâbi tutulmasını sağlayacak kurallar yer almaktadır.

¹²⁹ FUJITA, 364-365; van der ZIEL, 311 dn. 14.

¹³⁰ Bkz. yukarıda dn. 48.

¹³¹ FUJITA, 365.

¹³² van der ZIEL, 311.

¹³³ Bkz. IV/1.

iv. Md. 82/d hükmü ile de, içsularda yapılan taşımalar hakkındaki Budapeşte Konvansiyonu saklı tutulmuş olmaktadır¹³⁴.

VI. YENİ TİCARET KANUNU'nun HÜKÜMLERİ¹³⁵

1. Tanım ve Kavram

YTK. nun, Dördüncü Kitap'ının, Dördüncü Kısımında (md. 902-905) *Değişik Tür Araçlarla Taşıma* başlığı bulunmaktadır.

YTK., md. 902 (1) ile, değişik tür araçlar ile taşıma kavramına, dolaylı yoldan da olsa, bir tanım getirmektedir.

Bu hükme göre, bir taşıma sözleşmesinin -YTK.anlamında-, değişik tür araçlar ile taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için:

i. Yükün, taşımanın başlangıç noktasından, varma noktasına kadar taşınması tek bir taşıma sözleşmesi ile taahhüt edilmiş olmalıdır;

ii. Sözleşmede, taşımanın değişik tür araç kullanılarak icra edileceği belirtilmiş bulunmalıdır;

iii. Akdın icrasında kullanılacak her bir değişik tür araç ile yapılacak taşıma için bağımsız sözleşmeler yapılmış olsa idi, bunlardan en az iki tanesinin farklı kurallara tâbi tutulması zorunlu olmalıdır;

iv. Söz konusu md. 902 (1) hükmünden sonra gelen maddeler ile, uygulanması gerekli milletlerarası sözleşmelerde, aksi yolda bir düzenleme bulunmamalıdır.

YTK. md. 902 (1) diğer taraftan değişik tür araçlar ile yapılacak taşımaların, kural olarak, Kanun'un karayolu ile yapılan yük taşımalarını düzenleyen 850-893. md. lerine tâbi olacağını hüküm altına almakta ve aynı zamanda md. 902/d ile de, ... *aşağıdaki hükümler ...* (?) ve ... *uygulanması gerekli milletlerarası sözleşmelerde ...* yer alan kurallar saklı tutulmaktadır.

İmdi, YTK, işaret edilen maddeleri ile, eğer, *multimodal taşımaları* kast etmek niyetinde idi ise, kullanılmış olan bu ifade hatalıdır, yok eğer başka tür bir taşıma yöntemi öngörmekte idi ise, bilgi alanımızın dışında kalan bu konunun tartışmasına girmek istemeyiz !!

YTK. nda, söz konusu 902-905. md. lerin, *multimodal taşımaları* düzenlemek amacı ile kaleme alındığını kabul edecek olur isek, yukarıda 'I/2-3' altında da işaret ettiğimiz gibi, bu deyimın yanlış olduğunu ve kast edilen taşıma usulünün tanımlanması için *değişik ortamlarda yapılan taşımalar* deyiminin kullanılmasının doğru olduğunu, teyiden, ifade etmek isteriz. Hiç olmaz ise, *karma taşımalar* deyimini kullanılmış olsa idi, onu da kabul edebilirdik !!

Bununla beraber ve Kanun'daki çelişkileri göstermek için, Kanun'un 903. md. sinde kullanılan kavramlara da işaret etmek isteriz. Bu maddenin yan başlığında, *Bili-*

¹³⁴ Md. 82 ile ilgili olarak bkz. HANCOCK, 48 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.; HONKA, 350 vd. *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler et al., eds.; van der ZIEL, 310 vd.; ayrıca bkz. DIAMOND, 142-143.

¹³⁵ YTK. nun söz konusu maddelerinin ayrıntılı ve mukayeseli bir incelemesini bir başka çalışmamızda yapacağız; burada anılan hükümlere, makalenin konusunun çerçevesinde kalacak şekilde, özet halinde değineceğiz.

nen Zarar Yeri ifadesi kullanılmıştır ve hemen belirtelim ki, doğru ve isabetli olmuştur.

Madde metninde de, *taşımının kısmı* kavramına yer verilmiştir; taşıyanın sorumluluğunun tâbi olacağı hükümlerin tesbitine esas olmak üzere ... *taşımının hangi kısmında* - ... *taşımının bu kısmı* ... - ... *taşımının hangi kısmında* ... gibi kriterlere yer verilmiştir. Bu ibarelerin kullanılması da doğru olmuştur.

Ancak, inceleme konusu tür taşımalara Kanun'da *değişik tür araçlar ile yapılan taşıma* adı verildiğine göre, ana kavram ile, YTK. md. 903 ile düzenlenen olasılık arasında çelişki doğmuş olmaktadır.

Şu halde, YTK. nun incelemekte olduğumuz hükümlerinde söz konusu tür taşımalarda ayırt edici unsur olarak *araç* esas alınmış olduğuna göre ve aynı zamanda terim birliğinin de sağlanması için, Dördüncü Kısım'ın başlığında ve md. 902 ile yapılmış bulunan tarifte kullanılmış olduğu gibi, meselâ, *Zararın Meydana Geldiği Aracın Bilinmesi* veya *Zararın Hangi Araçta Meydana Geldiğinin Bilindiği Haller* gibi bir ifade kullanılması icab ederdi.

Ne ise ki, YTK. nun 903. md. sinde, muhtemelen tesadüfen veya insiyakî (içgüdüsel) olarak kullanılmış bulunan bu kavramlar/deyimler vesilesi ile ve onların sayesinde, kanun koyucunun gerçek amacını anlamak imkânını elde etmiş oluyoruz !!

Esasında Kısım başlığı ile maddelerdeki kavramlar doğru kullanılmış olsa idi, bu gibi yorum sıkıntılarına yol açılmamış olurdu.

Şöyle ki:

Bir kere, düzenlenen konuya göre, Kısım başlığında *Değişik Ortamlarda Yapılan Taşımalar* ifadesi kullanılmalı idi.

İkinci olarak, YTK. md. 902 ile verilen tarifi de yersiz ve yanlış olduğunu söyleyebiliriz. Değişik ortamlarda yapılan taşımalar/karma taşımalar, gerek doktrin ve gerekse tatbikat tarafından yeterli surette tarif edilmiş olduğu gibi, yürürlüğe girmemiş olsa dahi, 1980 Cenevre Konvansiyonu ile kabul edilmiş olan tarif de, Kanun'da yer verilmesi uygun bulunmuş olan bu kurumun tanımlanmasında ve yorumlanmasında esas tutulabilirdi ¹³⁶.

Kaldı ki, değinilen maddenin içeriğinde, bir tek (a) ve yanlış ifade edilmiş olmakla beraber (b) bentleri, o da belli bir ölçüde olmak kaydı ile, değişik ortamlarda yapılan taşımaları tanımlayan kriterler olarak kabul edilebilir.

En olumlu bakış açısı ile ele alındığında ve *değişik tür araç* deyiminin yerine *değişik ortam* kavramının kullanılması şartı ile, (a) ve (b) bentlerinin içeriği, bu tür taşımaların ayırt edilmesinde kullanılmaktadır. Diğer iki bendin her hangi bir anlamı yoktur.

¹³⁶ 1980 Cenevre Konvansiyonu'nun 1/1 md. sinde *International Multimodal Transport* şöyle tanımlanmaktadır: ... *carriage of goods by at least two different modes of transport on the basis of a multimodal transport contract from a place in one country ... to a place designated for delivery situated in a different country*

Bu tarifteki, taşımanın milletlerarası özelliğini belirleyen nitelendirme bir kenara bırakıldığı takdirde, görülecektir ki, bu konuda ana unsur sözleşmenin birden fazla taşıma "modu" kullanılarak ve tek bir akit uyarınca ifa edileceğinin kararlaştırılmış olmasıdır. Bu itibarla ve açıklamaya çalışacağımız surette, YTK. md. 902 hükmündeki (b) bendinde yer alan şartın hatalı olması bir yana, (c) ve (d) bentlerindeki şartlar da gereksizdir.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Zaten ... her bir türdeki araç için ayrı sözleşme ... yapmak, daha ziyade değişik tür araç, meselâ, kamyon veya otomobil veya uçak satın almak veya kiralamak için yapılacak sözleşmeleri çağrıştırmaktadır. Olsa olsa, ... her ayrı tür araç ile yapılacak taşıma için ayrı sözleşme ... yapmak diye yazılabilirdi !!

(d) bendinde atf yapılan ... aşağıdaki hükümler ... ile, bu Kısım'da yer alan hükümlerin mi, yoksa Kanun'un müteakip bütün maddelerinin mi kast edildiği anlaşılmalıdır.

Özet halinde sunmaya çalıştığımız bu bir kısım eleştirilerimizden sonra, kanaatimizce, tartışma konusu taşıma kategorisi için verilecek tarif, temel iki unsur dikkate alınarak, şu surette yazılabilirdi:

Değişik ortamlarda yapılacağı, taşımanın bütünü için tek bir sözleşme ile kararlaştırılmış olan taşımalar.

Daha ayrıntılı bir tarif verilmesi öngörülecek olduğu takdirde, şu ifade kullanılabilirdi:

Değişik ortamlarda yapılacağı kararlaştırılmış olup, taşımanın tamamı için taşıyanın sorumluluk üstlenmiş olduğu sözleşmeler.

Gelelim ve yine (d) bendindeki... uygulanması gerekli milletlerarası sözleşmeler ... ibaresine.

Hangi sebebe dayanılarak uygulanması gerekecek olan milletlerarası sözleşmeler bu kapsam içinde mutalea edilmelidir ? Burada, sadece Türk Devleti'nin, Anayasa hükümlerine uygun olarak onaylayıp, taraf olduğu uluslararası konvansiyonlar mı kast edilmektedir; yoksa, Türkiye'nin onaylamadığı, fakat, tarafların, yaptıkları akdi, sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca serbest iradeleri ile seçip tâbi tuttukları, yani *incorporation* yolu ile akde ithal ettikleri, konvansiyonlar da hükmün kapsamı içinde midir ?

Maddenin yazılışından, ikinci şıkkın kabûl edildiğini anlamaktayız. Çünkü, birinci şıkkın ifade edilmek istendiği düzenlemelerde, geleneksel olarak şu ibareler kullanılmaktadır: *Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar veya Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler veya Türkiye'nin katıldığı sözleşmeler* Halbuki, değinilen maddede, bu şekilde açık bir kayıt veya kısıtlama bulunmamaktadır.

Bu sebeple, kanaatimizce, Türkiye Devleti'nin onaylamadığı, fakat tarafların yaptıkları sözleşmeye uygulanmasını akit yolu ile kabûl ettikleri uluslararası konvansiyonları da, YTK. md. 902/d anlamında, ... uygulanması gerekli ... milletlerarası sözleşmeler olarak kabûl etmek icab edecektir.

... uygulanması gerekli ... ibaresi de, ayrıca, tartışmaya açıktır. Bu ibare ile kastedilen tarafların sözleşmede atf yapmış olmaları dolayısı ile uygulanma gereği midir, yoksa, konvansiyon hükümlerinin emredici vasıfta olmaları sebebi ile mi uygulanma zorunluğudur ?

Md. 905 ile *Taşınma Eşyasının Taşınması* hakkındaki sözleşmelerin de, eğer taşıma değişik tür araçlar ile yapılacaksa, md. 894-901 hükümlerine tâbi olacağı ifade edilmektedir.

Gerek hukuk ve gerekse de günlük hayat ile ilgili konular hakkındaki bilgimizin ve aynı zamanda Türkçe'ye olan vukufumuzun, *Taşınma Eşyası Taşınması* kavramı

hakkında her hangi bir beyanda bulunacak kadar üstün ve güçlü olmadığını itiraf ederek, bu hususa değinmekten kaçınıyoruz !!

Md. 903, zarara sebebiyet vermiş bulunan olayın taşımının hangi aşamasında/bacağında meydana geldiğinin tesbit edilebildiği hallerde (localisation of damage), taşıyanın sorumluluğuna söz konusu aşamayı düzenleyen kuralların uygulanacağını kabûl etmektedir.

2. Sorumluluk ile İlgili Düzenleme

a. Genel Olarak

YTK. md. 902/1, değişik ortamlarda yapılacak taşımalar hakkında, md. 850-893 hükümlerinin uygulanacağını söylemekle, bu tür taşımalara, kural olarak, karayolu ile yapılan yük taşımalarını düzenleyen maddelerin uygulanacağını kabûl etmiş olmaktadır. Böylece, YTK. nun, bu kategori taşımalarda, sınırlı olmak üzere, *uniform liability* (yeknesak sorumluluk) esasını benimsendiği görülmektedir.

Diğer taraftan md. 903 ile, *localised damage* halinde, sorumluluğun *network system* prensibine göre tayin edileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme, karma taşımalar hakkında genel-geçer olarak kabûl edilmiş yönetime uymaktadır.

Dikkat edilirse, bu maddede *araç* değil, doğru olarak, *taşıma aşaması/safhası* esas alınmıştır.

YTK. md. 903, *kritik olay* kıstasını kabûl etmiştir. Kaybın, hasarın veya gecikmenin hangi aşamada vaki olduğu değil, fakat kayba, hasara veya gecikmeye *sebep olan olay* esas alınmıştır.

Md. 903, hangi kategori hükümlerin uygulanacağını belirtmemektedir. Uygulanacak hükümler, taşıma sözleşmesinin konusu ve içeriği dikkate alınarak tayin edilecektir. Daha açık bir ifade ile, şartlara göre Türk Hukuku uygulanacağı gibi, yine şartları mevcut olduğu takdirde, uluslararası konvansiyonların hükümleri de uygulanabilecektir. Esasen, md. 902/d hükmü ile, uluslararası konvansiyonların uygulanması kabûl edilmiştir.

Tarafların iradeleri rol oynar mı ? Kanaatımızca, evet ! YTK. md. 903, emredici hüküm niteliğinde değildir. Taraflar, karma taşıma sözleşmesine, kuşkusuz emredici kurallara aykırı olmamak kaydı ile koyacakları şartlar ile, taşımının tamamına veya belli bacaklarına, hangi hükümlerin uygulanacağını tayin etmekte serbesttirler. Bu itibarla, taşıyanın (MTO) sorumluluğunu *network system* veya *uniform liability system* esaslarına göre belirleyebilirler.

b. Sorumluluğun Niteliği

YTK. md. 902 hükmü ile yapılmış olan atıf gereğince, taşıyanın sorumluluğu, esas itibarı ile, YTK. nun karayolu ile yük taşıma sözleşmelerine uygulanan maddelerine tâbi olacaktır.

Taşıyanın sorumlu olduğu haller, zıya, hasar ve gecikme olarak YTK. nun 875 md. sinde gösterilmiş ve md. 876 ile de, YTK. taşıyanın sorumluluğunu, özen göstermek yükümlülüğü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olarak belirlemiştir.

Ancak, YTK. md. 903 uyarınca, zararın meydana geldiği bacağı/safhaya uygulanacak olan hükümler, taşıyanın sorumluluğunu, kusursuz sorumluluk esasına tâbi tutmuş ise, taşıyan da kusursuz sorumlu tutulacaktır.

c. Sorumluluğun Sınırlandırılması

YTK. md. 902 ile yapılan atıf uyarınca, taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasında, YTK. md. 882 vd. hükümler uygulanacaktır.

YTK. nun 903. md. sinin uygulanması gerektiği hallerde ise, hemen yukarıda da işaret etmeye çalıştığımız surette, söz konusu olacak hükümlerde gösterilen limitler geçerli olacaktır.

d. Sınırsız Sorumluluk

YTK. md. 902 uyarınca, kural olarak, taşıyanın sınırsız olarak sorumlu tutulması, YTK. md. 886 hükmü ile belirtilmiş olan şartlara bağlı olacaktır.

Bununla beraber, yine YTK. md. 903 hükmünün uygulandığı hallerde, taşıyanın sınırsız sorumlu tutulması da, uygulanması söz konusu olan kurallarda gösterilen şartlara bağlı olacaktır.

KAYNAKÇA

ARKAN, Sabih "24.5.1980 Tarihli 'Eşyanın Değişik Tür Taşıtlarla Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon' Üzerinde Bir İnceleme", XI *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 3, 27-47 (ARKAN, Batider).

ARKAN, Sabih, "Karma Taşımlarla İlgili Hukukî Sorunlar", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, No: 11, Konya 1991, 341-358 (ARKAN, Akipek Armağanı).

ATAMER, Kerim, "Construction Problems in the Rotterdam Rules regarding the Performing and Maritime Performing Parties", 41 *Journal of Maritime Law & Commerce* 4, 469-497.

BERLINGIERI, Francesco, "General Introduction", 1-25 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.

CLARKE, Malcolm A., *International Carriage of Goods by Road: CMR*, Informa Professional, 4th ed., London 2003.

ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegân, *Deniz Ticareti Hukuku II-Navlun Sözleşmesi*, 9. baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2009.

DEBATTISTA, Charles *et al.*, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, Informa Law, London 2009 (Rotterdam Rules, Debattista *et al.*)

DELEBECQUE, Philippe, "Obligations of the Carrier", 72-92 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.

DIAMOND, Anthony, "The Next Sea Carriage Convention ?", [2008] 2 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 135-187.

FUJITA, Tomotaka, "The Comprehensive Coverage of the New Convention: Performing Parties and the Multimodal Implications", 44 *Texas International Law Journal* 349-373.

GLASS, David A., *Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts*, Informa Professional, London 2004.

HANCOCK, Christopher, "Multimodal Transport Under the Convention", 34-51 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

HONKA, Hannu, "General Provisions", 27-38 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.

HONKA, Hannu, "Matters Not Governed by This Convention", 349-354 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.

NIKAKI, Theodora, "The Obligations of Carriers to Provide Seaworthy Ships and Exercise Care", 89-110 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

ÖZDEMİR, Turkey, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

RAMBERG, Jan, "UN Convention on Contracts for International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea", *Comité Maritime International Yearbook 2009*, 277-281.

RASMUSSEN, Uffe Lind, "Additional Provisions Relating to Particular Stages of Carriage", 133-149 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.

SÖZER, Bülent, "Değişik Ortamlarda Yapılan Yük Taşımaları (Karma Taşımalar) ve Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Bazı Meseleler", 9 *Deniz Hukuku Dergisi* 1-4, 49-81 (SÖZER, Multimodal).

SÖZER, Bülent, *Türk Hukuku'nda ve Uluslararası Hukuk'ta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, Genişletilmiş 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (SÖZER, Havayolu).

SÖZER, Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku / Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011 (SÖZER, Deniz).

STANILAND, Hilton, "Scope of Application", 15-21 *Rotterdam Rules*, Battista *et al.*

STURLEY, Michael F., "Scope of Application", 39-50 *Rotterdam Rules 2008*, von Ziegler *et al.*, eds.

STURLEY, Michael F., "Transport Law for the Twenty-First Century: An Introduction to the Preparation, Philosophy and Potential Impact of the Rotterdam Rules", 1-33 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

THOMAS, D. Rhidian, "An Analysis of the Liability Regime of Carriers and Maritime Performing Parties", 52-88 *Rotterdam Rules*, Thomas, ed.

THOMAS, D. Rhidian (ed.), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules*, Lawtext Publishing Limited, Oxford 2009 (Rotterdam Rules, Thomas, ed.).

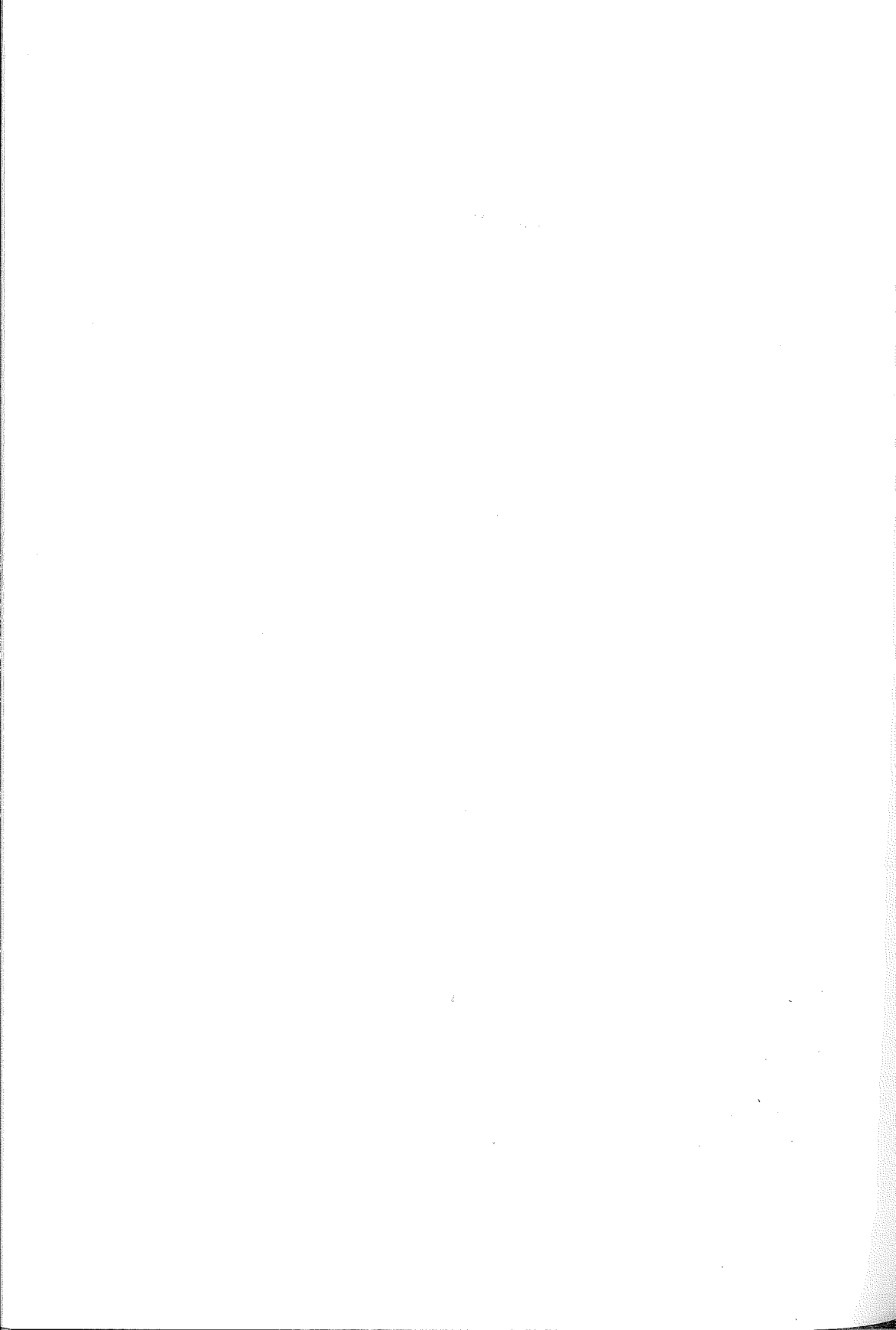
VIBE, Ulfbeck, "Multimodal Transports in the United States and Europe-Global or Regional Liability Rules?" 34 *Tulane Maritime Law Journal* 1, 38-90

De WIT, *Multimodal Transport*, Lloyd's of London Press Ltd., London 1995

von ZIEGLER, Alexander, "Issues of Transport Law", *Comité Maritime International Yearbook 1998*, 107-117.

von ZIEGLER, Alexander/SCHELIN, Johan/ZUNARELLI, Stefano (eds.), *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010 (Rotterdam Rules 2008, von Ziegler *et al.*, eds.).

van der ZIEL, Gertjan, "Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules", *Comité Maritime International Yearbook 2009*, 301-313.



TUZAK PAZARLAMA (AMBUSH MARKETING)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Yusuf Can ERDEM*

ÖZET

Teknolojik, kültürel, ekonomik vb. değişkenlerin sürekli olarak yeniden tanımlandığı pazarlama dünyasında, kurumlar, iş ortakları, tedarikçi ve dağıtıcılar sonsuz hayal gücünün güdümündeki her yeni uygulamayı kullanarak birbirlerini ve toplumu etkileyip değiştirmeye çalışıyorlar. Marka farkındalığı ve bilinirliği yaratma çabasında öne çıkan pazarlama iletişim kanallarından birisi de sponsorluk uygulamaları. Organize edilmiş ticari potansiyelin kullanım hakkına sahip olarak fayda elde etmek, katılımcıların satınalma tercihlerini etkilemek ve bunun karşılığında destek sağlamak olarak tanımlanabilecek olan sponsorluk hızla büyürken mali açıdan da büyük değer yaratmaktadır. Özellikle uluslararası spor etkinlikleri, küresel tüketicilere ulaşmak için çok verimli fırsatlar yaratmakta ancak yoğun rekabet bu tür iletişim kanallarının maliyetini de artırmaktadır.

Bu noktada resmen elde edilemeyen sponsorluk haklarının reklam ve promosyon çalışmaları ile zayıflatılması, olayın itibarını yıpratmak veya hangi firmanın resmi sponsor olduğuna dair tüketicilerin zihninin karıştıracak kasıtlı çabalar "Tuzak Pazarlama" olarak bilinmektedir.

Uygulandıkları ülkenin hukuk sistemine aykırı da olabilen bu tür taktiklerin çok farklı örnekleri çoğunlukla yasaları çiğnemenin hayata geçirildiği için engellenmeleri çok güçtür. Serbest rekabet özgürlüğünü yıpratmadan, resmi sponsorların haklarını koruma altına almak çoğunlukla hukuk kavramları ile çözülebilecek kadar kolay olmamaktadır.

Farklı ülkelerde, özellikle olimpiyat oyunlarında kullanılan taktiklerin ve sonuçlarının anlatıldığı bu çalışmada Türk hukuk sisteminde, parazit pazarlama olarak anılan hukuksuz tuzak pazarlama uygulamalarına karşı alınabilecek önlemler araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tuzak Pazarlama, Sponsorluk, Sporda Sponsorluk, Olimpiyat Sponsorluğu

ABSTRACT

In the continuously redefined marketing environment by the technological, cultural and economic forces and the companies, business partners, suppliers and channel members are in a cycle of restructuring each other and the marketing concepts by taking advantage of each, and every new business model inspired by the endless power of their imagination. One of the leading marketing communication channels in building brand awareness and loyalty is commercial sponsorship. Sponsoring an

* Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, e-posta: canerdem@yeditepe.edu.tr

event simultaneously attracts and provides access to an audience. It differs from conventional advertising in that both message and the medium are inextricably linked. International sports events in particular, provide multiple opportunities to reach global consumers through television broadcasting but the major events such as Olympic Games are too expensive for any single sponsor and therefore the owners of such events offer for sale different packages of rights. In ambush marketing, another company, usually a competitor tries to draw attention away from the official sponsor. The organized efforts of a company to associate itself with an event without paying the fee to the event owner may involve a broad range of activities, bounded by legal and illegal and ethical and unethical parameters. The term, parasite marketing is used for the illegal ambush marketing tactics in Turkey. Some common ambush tactics and the counter strategies in different countries are listed in the article with an emphasis on the definition of ambushing in Turkish law.

Keywords: *Ambush Marketing, Sponsorship, Sport Sponsorship, Sponsoring Olympics.*

Sponsorluk

Latince "kefil" anlamına gelen "sponsor" sözcüğü, İngilizcede "kefil, destekleyen, himaye eden, bağışçı anlamına geliyor (Redhouse, 1986). İngilizcede "belirlenmiş bir alanda seçilmiş bir kurum, faaliyet veya bireyin desteklenmesi" olarak tercüme edileceğimiz, "Sponsorship" uygulaması da bilinen öztürkçe bir karşılığı olmadığı için Türkçede "sponsorluk" olarak kullanılıyor. (Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 2005) .Açıklamalı Pazarlama Sözlüğü sponsorluk uygulamasını " Belirli sosyal amaçlarla yapılan çeşitli etkinliklerin belirli bir işletme tarafından maddi olarak desteklenmesini öngören bir tür tanıtım ve duyuru aracı" olarak tanımlamış (Gülmez ve Dört Yol, 2009).

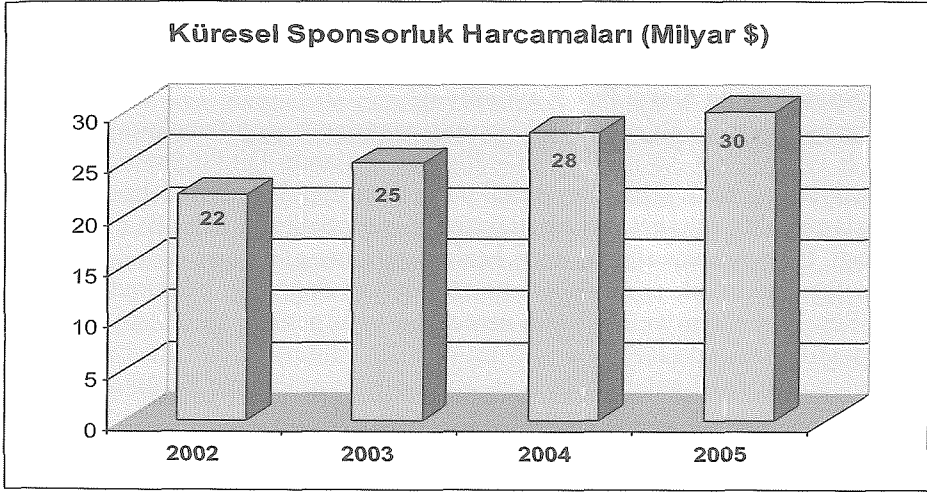
Pazarlama, Amerikan Pazarlama Derneği (AMA) tarafından, kurumsal ve bireysel müşteriler, iş ortakları ve genelde toplum için değerli teklifler oluşturma, bu önerileri ileme, sunma ve karşılıklı değişirme süreci, kurumları ve faaliyetleri olarak tanımlanıyor. (www.marketingpower.com) 2007 yılında yeniden değiştirilen bu tanımda yer alan işlevler, "pazarlama karması" adı verilen kavramlar kullanılarak hayata geçiriliyor. Ürün, fiyatlandırma, dağıtım ve promosyon (iletişim) başlıkları altında gruplandırılan bu pazarlama araçları içinde, kurumun pazarlama iletişim politikasının ayrılmaz bir uygulaması olarak tanıyoruz sponsorluk uygulamasını.

Hızla gelişip, farklılaşan Pazarlama / Pazar kavramları teknolojik, ekonomik, politik, kültürel vb. değişkenler etkisinde sürekli olarak yeniden tanımlanıyor. Bireysel ve kurumsal tüketiciler, aracı kurumlar, iş ortakları, tedarikçi ve dağıtıcılar sonsuz hayal gücünün güdümündeki her yeni uygulamayı kullanarak birbirlerini ve toplumu etkileyip değiştirmeye çalışıyorlar. Yerel ve küresel boyutta sürekli artan bu tempo, geleneksel iş yapma ve tüketim alışkanlıklarını her gün yeniden biçimlendirirken, bilginin önemi ve bilgiye ulaşma kaynakları da adet ve çeşit boyutlarında hızla arttı. Bu döngünün sonucunda daha da artan rekabet, marka farkındalığı ve bilinirliği yara-

tıp, müşterilerle ortak deneyimler paylaşarak uzun dönemde marka sadakati oluşturmanın önemini artırdı. Gelecekte de bu eğilimin artarak devam edeceği öngörülüyor. Somut ürünlerden çok yaşam biçimlerinin ve özgün deneyimlerin öne çıkarıldığı bu pazarlama dünyasında, sponsorluk uygulamaları geleneksel araçların yerini alan etkin bir pazarlama iletişim aracı olarak önem kazanıyor. Sponsorluk bir etkinliğe destek vererek kurumu, ürünü, hizmeti tanıtarak hedeflenen kitlenin bilinç altında marka imajını oluşturmak veya güçlendirmek, dolaylı olarak satın alma tercihlerini etkilemektedir. (www.sponsorluk.gov.tr)

Dünyadan Sponsorluk Rakamları

Amerika'da yayınlanan IEG Sponsorship Report'a göre 2002 yılında dünyada 22 Milyar Dolarlık sponsorluk harcaması yapılırken, bu rakam 2003'te 25 Milyar Dolara, 2004'te ise 28 Milyar Dolar'a yükselmiştir. 2003-2004 yılları arasında dünyada reklam harcamaları % 5.8 oranında artarken, sponsorluk harcamaları % 12 oranında artış göstermiştir. 2005 yılında Dünyadaki toplam sponsorluk harcaması 30 Milyar Dolar'a ulaştı. Bu harcamaların 9.5 Milyar Dolarlık bölümü Amerika'da gerçekleşmiştir. Aynı dönemde Avrupa'daki sponsorluk harcamaları da 6.5 Milyar Dolardan 7.4 Milyar Dolara yükselmiştir. (www.sponsorship.com)

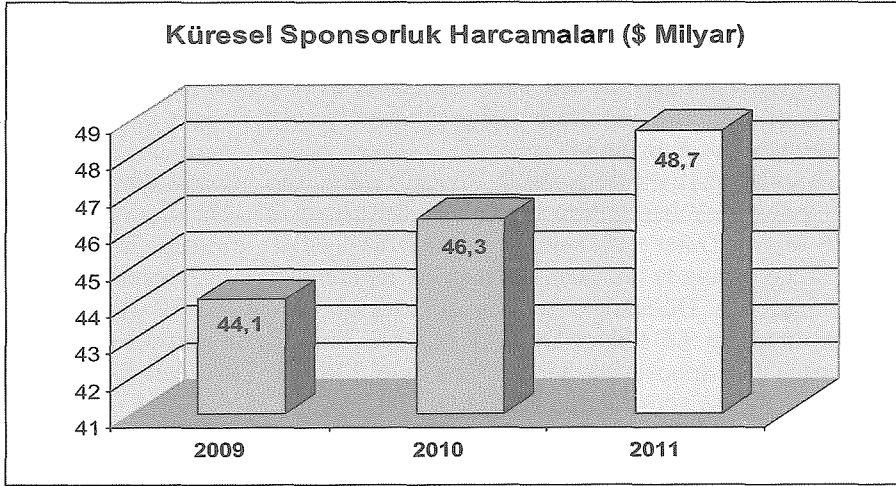


Kaynak: <http://www.sponsorluk.gov.tr/sponsorluk.htm>

2008 de yaşanan küresel ekonomik kriz tüm sektörleri olumsuz olarak etkiledi ve yatırımlarda daha önce hiç gözlenmeyen düşüşler yaşandı. Her dönem için yapılacak sponsorluk yatırımlarını araştırıp tahminde bulunan uzmanlar, 2009 senesi harcamalarının tüm sektörler için planların altında gerçekleştiğini ama bu olumsuz tablonun artık geride kaldığını ifade ediyorlar. (www.sponsorship.gov; www.nielsen.com)

Yine International IEG raporuna göre dünya çapında sponsorluk harcamaları 2011 senesinde %5.2 artarak \$46.3 milyar dolar düzeyine ulaşacak. Bu tutar içinde Kuzey Amerika ülkelerinin (ABD+Kanada+Meksika) payı \$15.8 milyar dolar civarında olacak. Diğer ülkelerin toplam sponsorluk harcaması ise %4.8 artarak 2001 yılı için \$30.5 milyar dolar olarak tahmin edildi. Orta ve Güney Amerika bölgesinde %5.7

olarak tahmin edilen sponsorluk harcama artışı 2010 yılında %3.8 seviyesinde arttı. Ancak Brezilyada 2014 de gerçekleşecek olan FIFA Dünya Futbol Şampiyonası ve 2016 da yapılacak olan Olimpiyat Oyunlarının hazırlıkları ile 2011 yılında sponsorluk harcama artışının %5.6 civarında olacağı tahmin ediliyor. (www.sponsorship.com)



Reklamlar Sponsorluğa Karşı Pay Kaybediyor!

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak etkileşimli pazarlama uygulamalarında yaşanan evrim 2000 li yıllarda net bir şekilde hissedilmeye başlandı. Dijital yayıncılık, mobil iletişim olanakları, ağ bazlı sistemler, dijital pazarlama uygulamaları, daha önce uygulanmaya başlamış olan internet tabanlı elektronik iş modellerini daha da çeşitlendirdi ve güçlendirdi. Bireysel pazarlama, ilişki bazlı pazarlama gibi öne çıkan bireye yönelik uygulamalar, elektronik iş modelleri ile tüketicileri doğrudan etkilemek üzere tasarlandılar. Sürekli iletişim ve etkileşim amaçlı bu yeni pazarlama düzeni geleneksel kavram ve uygulamaları da hızla yıprattı. En popüler tanıtım ve iletişim kanalı olarak bilinen televizyon küresel anlamda hala en etkili erişim aracı ama bu ünvanı internet reklamcılığına kaptıracığı günler uzak değil. Genel anlamda eski ekonomik düzenin önemli araçlarından klasik reklamların önemi azalmaya başladı. Hala reklam bütçeleri gerek kurumsal gerekse perakende düzeyinde gerçekleşen satış promosyonlarının toplam bütçesinin üzerinde ancak numune dağıtımından çekiliş yapmaya kadar değişen farklı satış promosyon teknikleri geleneksel yazılı ve görsel reklam uygulamalarından nasıl ciddi pay aldıysa benzer bir paylaşma ticari sponsorluk için de gözlemleniyor. Kurumlar, organizasyonlar ve hatta bireyler için artarak büyüyen ticari sponsorluk (destekleme) faaliyetlerinin öncelikle aşağıdaki nedenlerden kaynaklandığı düşünülebilir (Meenaghan, 1991): 1. Alkol ve tutun tüketimini azaltmaya yönelik çalışmalar, 2. Özellikle uluslararası ticaret artışı ile küreselleşen pazarların hızla bölünüp, çeşitlenmesi ve kısa ömürlü ürünlerin yüksek reklam harcamalarını karşılayamaması, 3. Etkinliğini ölçmek konusunda zaten çözümsüz kalmış reklam maliyetlerinin hızla artıyor olması, 4. Görsel ve yazılı basının hedef kitle beklentilerini karşılamakta yetersiz kaldığının gözlenmesi,

5. Sponsorluk uygulamalarının etkinliğinin kabul görmesi, 6. Sponsor olunan organizasyon ve faaliyetlerin geleneksel medyada daha çok yer bulması, 7. Sosyal sorumluluk kavramının ve uygulamalarının pazarlama dünyasına yansımalarıyla önem kazanan toplumsal değerlere odaklı pazarlama eğilimi çerçevesinde kurumların toplumsal sorumluluğunun tüketici gözünde giderek daha önemli hale gelmesi.

Sponsorluk, doğru strateji ve taktikler ile doğru belirlenmiş hedef kitlelere ulaşılması halinde hem kurumsal hem de ürün/marka düzeyinde etkili ve maliyet avantajlı bir pazarlama iletişim aracı olabilir.

Amerikada her yıl yayınlanan Sponsorluk Raporu'na göre 2005 yılında dünyada reklam harcamalarına ayrılan pay azalırken, sponsorluk için ayrılan bütçelerde ciddi artış gözlemlendi. Bilgi teknolojisindeki gelişmelerin ve internet uygulamalarının sonucu günlük yaşantımıza giren dijital yayıncılık, kablo ve uydu yayınları, sosyal medya gibi uygulamalar tüketicilerle kurumların karşılıklı etkileşimini sağladı. Bu da satıcı ile kullanıcı arasındaki geleneksel iletişim kanallarını yeniden yapılandırdı.

2005 Raporu verilerine göre tüm mecralarda pazarlama mesajlarından oluşan bombardımana maruz kalan tüketicilerin sponsorluk kanalıyla iletilen mesajlardan daha çok etkilendikleri görülüyor. Bilgiye kolayca erişen tüketiciler eskiye oranla çok daha kuşkucu ve sorgulayıcı olduklarından sürekli maruz kaldıkları reklamlara önyargı ile yaklaşıyorlar. İzinli Pazarlama kavramının hızla yaygınlaştığı günümüzde hedef kitleler kendi ilgilendikleri bir fikri, olayı, ideali savunan yada organizasyona sponsor olan markalar ve şirketlere çok daha kolay güven duyabiliyorlar. Nielsen firmasının 50 ülkede 25.000 adet tüketici ile internet ortamında yaptığı Küresel Eşzamanlı Tüketici Araştırma (Global Online Consumer Survey) sonuçlarına göre 2007 -2009 döneminde araştırmaya katılan tüm tüketiciler bazında yapılan değerlendirmede sponsorluk uygulamasına olan güven oranı %49'dan %64'e yükseldi. (Nielsen Global Online Consumer Survey, April 2009) Bu duygusal yaklaşımın en doğal sonucu da uzun vadede satışlarda artışlar olarak gözlemleniyor. Markaların tüketicileri ile farklı platformlarda buluşma ihtiyacına ciddi anlamda cevap veren sponsorluklar bu nedenle mali açıdan da oldukça büyük bir değer ifade ediyorlar. Küresel firmaların farklı sektörlerde ve daha önce denenmemiş uygulamalarla rekabet ettiği sponsorluk dünyası günümüzde marka yöneticileri için bir hayırseverlik jesti olarak değil; finansal bir geri dönüşüm olarak değerlendiriliyor. Giderek artan bu kar odaklı bakış açısı sponsorluk yönetimini daha da karmaşık bir hale getirdiği için marka yöneticileri sponsorluk seçimlerini daha dikkatli bir şekilde yaparken markalarını ve organizasyonu garantiye alma eğiliminde olmaya başladılar. Bu yeni durum bir yandan sponsorlar ve etkinlikler (takımlar, kişiler, olaylar da buna dahildir) arasında yeni anlaşmaların yapılmasına yol açarken, diğer yandan tıpkı olimpiyat oyunları gibi yüksek profilli etkinliklerde rekabetçi hakların artmasını sağladı (Hoek ve Gendall 2002: 72).

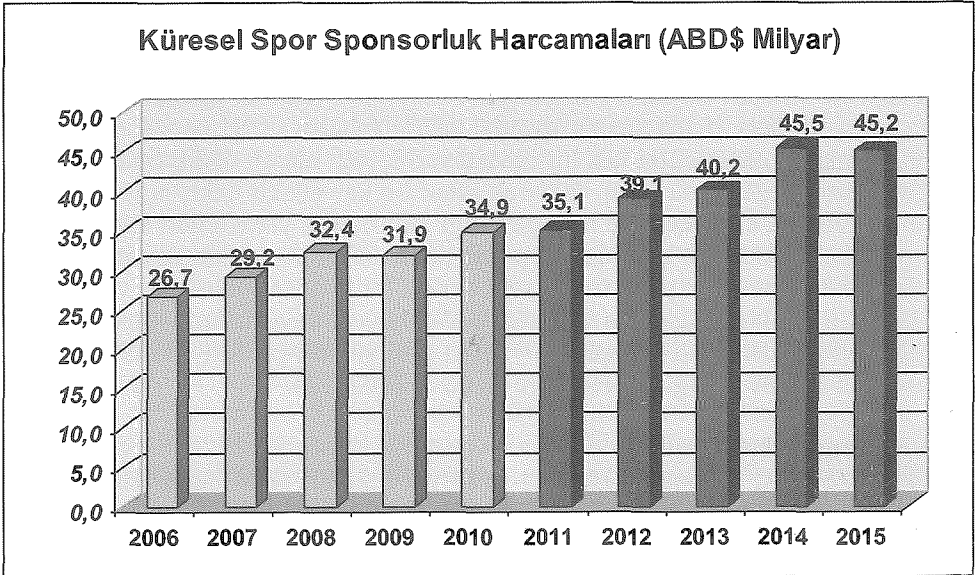
Spor ve sponsorluk

Spor coğrafi, politik, ekonomik, kültürel ve sosyal anlamda sınır tanımadan tüm insanlığın bir araya gelip, beraberce tüketebildiği ve farklılıkları sıfırlarken aynı zamanda eşitçe paylaşabildiği ve bunu kitleler halinde yaşayabildiği belki de tek platformdur. Önceleri sadece bireysel gelişim ve bölgesel sosyalleşme amaçlı olan spor müsabakaları artık hem bölgesel hem de küresel anlamda dünyanın en popüler sektörlerinden

birisi oluşturmuş, hızla gelişen teknolojinin sunduğu iletişim araçları ile de spor, pazarlamanın en güçlü silahlarından birisi olmuştur. Etkilediği sektörlerin neredeyse sınırsız olması, kitlelere sunduğu eşitlikçi yaklaşımı, geleneksel ile modern'i kolayca birleştirebilmesi ve hem bireysel hem de toplumsal boyutta hızla popüler olması sporu vazgeçilmez bir endüstri haline getirdi (Yoon ve Choi, 2005; Yalçın, H., Doğru, Z., &Yüktaşır, B.; 2010).

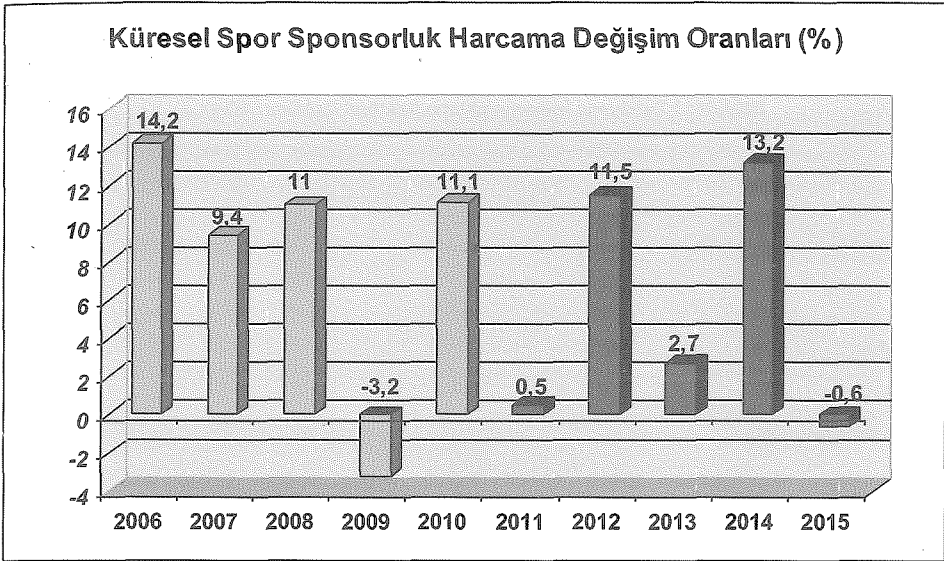
Spor karşılaşmalarının tüm dünyada bireylerin günlük yaşamında önemli roller üstlenmesinden dolayı spor sponsorluğu, pazarlama iletişiminin kullanıldığı en önemli alanlardan biri haline gelmiştir. Küresel anlamda tüm sektörler arasında ciro sıralamasında birinci olan spor sektörü ve spor müsabakaları dünya televizyonlarında en çok izlenen programlardır. (www. sporbilim. com) Yaş, cinsiyet, ekonomik güç veya kültürel anlamda hiçbir kısıtlama olmadan tüm insanlığın sürekli artan ve çeşitlenen bir ilgi ile izleyip değerlendirdiği spor olayları hiç şüphesiz pazarlamacıların da öncelikli hedefleri arasında yer aldı. Dünyanın en büyük spor araştırma şirketlerinden Sports Marketing Survey'in yaptığı araştırmaya göre, 2002 yılında tüm dünyada spor sponsorlukları \$24.4 milyar iken 2008 yılında bu rakam \$43.5 milyar'a ulaştı. Sözkonusu artış 6 yılda spor sponsorluklarının %78 oranında arttığını gösteriyor.. 2008 Pekin olimpiyatlarına yapılan sponsorluk yatırımları futbolun ardından ikinci sırayı alırken golf ve tenis yine öne çıkan sporlar. Spor sponsorluğuna yatırım yapan sektörler ise sırasıyla otomotiv, finans, tekstil ve içecek sektörleri.

2011 Aralık ayında PriceWaterHouseCoopers firmasının yayınladığı "Outlook for the global sports market" raporuna göre küresel anlamda 2010 yılında yaklaşık \$35 milyar dolar olarak gerçekleşen spor sponsorluk harcamalarının 2015 yılında \$45.3 milyar dolara yükseleceği öngörülmüyor. Ortalama yıllık artış oranı %5.3 olarak tahmin ediliyor.



Kaynak: PricewaterhouseCoopers LLP, Wilkofsky Gruen Associates

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)



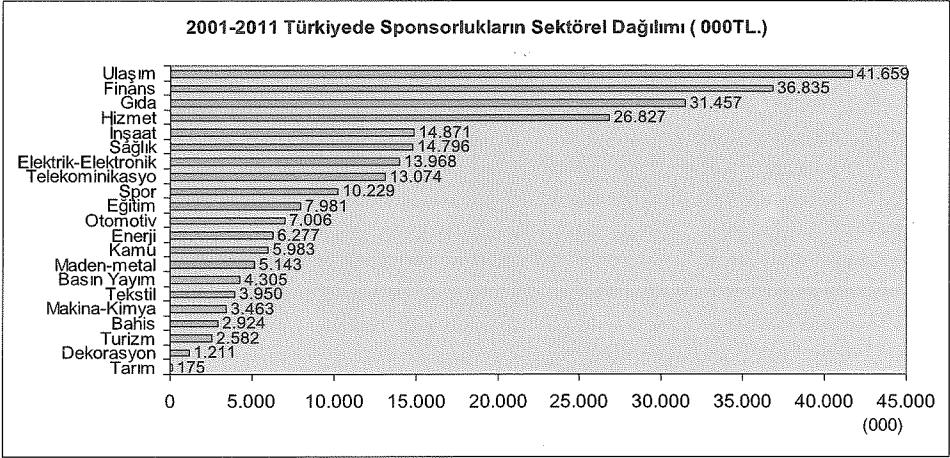
Kaynak: PricewaterhouseCoopers LLP, Wilkofsky Gruen Associates

Sport Business Associates'e göre küresel bazda sadece spora ayrılan sponsorluk harcamaları toplamı 2006 yılında yaklaşık 33,6 Milyar Dolar düzeyindedir (www.fesam.org). FIFA'nın açıklamalarına göre 2006 Dünya Kupası'ndan elde olunan Pazarlama geliri 2.4 milyar dolar. Bu gelirin 896 milyon dolarlık kısmını sponsorluk gelirleri oluşturuyor. 2006 Dünya Kupası'nın onbeş resmi sponsoru olan Adidas, Budweiser, Avaya, Coca-Cola, Continental, Deutsche Telekom, Emirates, Fujifilm, Gillette, Hyundai, MasterCard, McDonald's, Philips, Toshiba ve Yahoo!'nun, bu turnuvaya yaklaşık 896 milyon dolar tutarında sponsorluk desteği sağladıkları görüldü. (www.sponsorluk.gov.tr)

2008 yılında Avrupa Şampiyonası ve Olimpiyatlar gibi iki büyük spor olayının olması küresel krizden toplam spor yatırımlarına olumsuz etkisini azalttı. Ancak 2009 da özellikle spora en çok yatırım yapan otomotiv ve finans firmalarının sponsorluk faaliyetlerini durdurması, sponsorluk yatırımlarını azalttı. Pek çok spor dalı sponsorları olan kurumları ellerinde tutabilmek ve yenilerini kazanabilmek için büyük çaba gösterdi. 2008 küresel ekonomik krizinin hafiflemesiyle birlikte, 2011 de ABD'deki profesyonel spor ligleri sponsorluk gelirlerinde beklenen artışı %7.9 olarak tahmin edildi. 2010 toplam sponsorluk gelir toplamı olan \$2.28 milyarın \$2.46 milyar dolara yükseleceği öngörüldü. 2010 yılında toplam sponsorluk gelirlerdeki artış oranı %5.9, spor sektörünün tamamında %6.1 olarak gerçekleşti. (IEG Sponsorship Report)

Spor sponsorluğu Türkiyede de pazarlamacıların sıklıkla kullandıkları iletişim kanallarından birisidir. Özellikle bazı spor dallarının çok popüler olması spor kulüplerinin, karşılaşma ve organizasyonların, sporcuların kurumlar tarafından desteklenmesini kolaylaştırmıştır. Bu çerçevede, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün kontrolünde 2001-2011 döneminde Türkiyede yapılan sponsorluk sözleşme adetlerinin

sektör bazında dağılımı ve sponsorluk sözleşmesini imzalayan sponsorların sektörel dağılımı aşağıdadır.



Kaynak: www.sponsorluk.gov.tr/istatistikler_detay.aspx

Spor dünyasında sponsorluk uygulamaları farklı takımların, karşılaşmaların, sporcuların harcamalarını karşılayarak desteklenmesi, formalarda ürün/kurum isimlerinin yer alması, müsabakaların yapıldığı ortamlarda gösteri yapılması gibi çok farklı şekillerde yer alabilir. Bunların içinde pazarlamacıların en çok hedefledikleri sponsorluk uygulamalarından birisi de bölgesel veya küresel spor organizasyonlarını mali olarak desteklemek, bu organizasyonlarda tüm logo, isim, ve diğer sembolleri ile yer alarak katılımcılara kendilerini hatırlatmaktır. Organizasyon öncesi ve sonrası yapılacak olan tanıtım faaliyetlerinin, yazılı ve görsel basında yer alacak mesajların, dağıtılacak numune, hediye, çekilişlerinde de eklenmesiyle bir spor organizasyonuna resmi sponsor olmak pazarlamacıların kullanabilecekleri tanıtım fırsatlarının belki de en önemlisidir. Bu oranda büyük spor organizasyonlarının başında da olimpiyat oyunları gelmektedir.

Olimpiyatlar

Günümüzde olimpiyat oyunları, global ölçekte en kapsamlı ve popüler pazarlama fırsatları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu önem olimpiyatların dünyada en çok bilinen ve en fazla izlenen organizasyon olmasından dolayıdır. Televizyonlar bu organizasyonu yayınlatabilmek için ciddi bütçeleri gözden çıkarmaktadır. Örneğin, NBC 2000-2008 dönemindeki beş olimpiyat gösterimini almak için 3.5 Milyar Dolar ödemiştir. Kuşkusuz bu yatırım televizyon kanallarına fazlasıyla geri dönmektedir çünkü, yayınlar esnasında reklam verenlerden alınan bedeller çok yüksektir. Olimpiyat oyunlarının yayını sırasında verilecek olan 30 saniyelik bir spot reklam yayınının bedeli \$600.000,-'dir (Lee 2005).

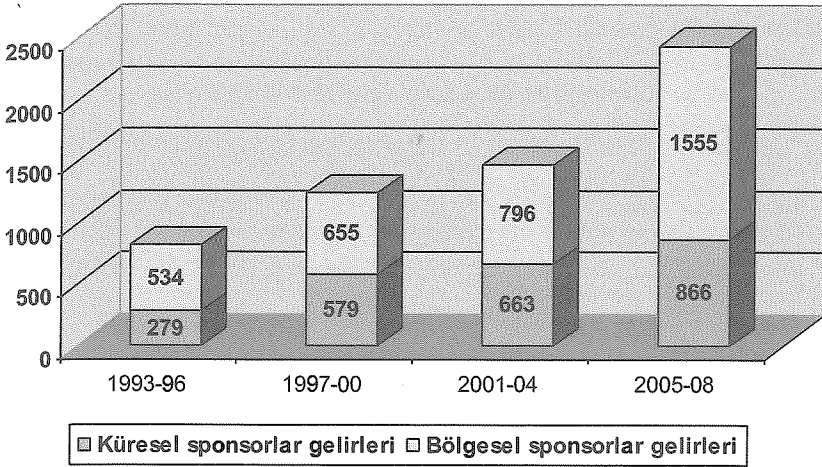
sponsorların

L.)

36.835 41.65

40.000 45.0
(000)

Olimpiyat Oyunları Sponsor Gelirleri (ABD\$ Milyon)

karşılaşmaKaynak: <http://www.olympic.org/>

n/kurum is

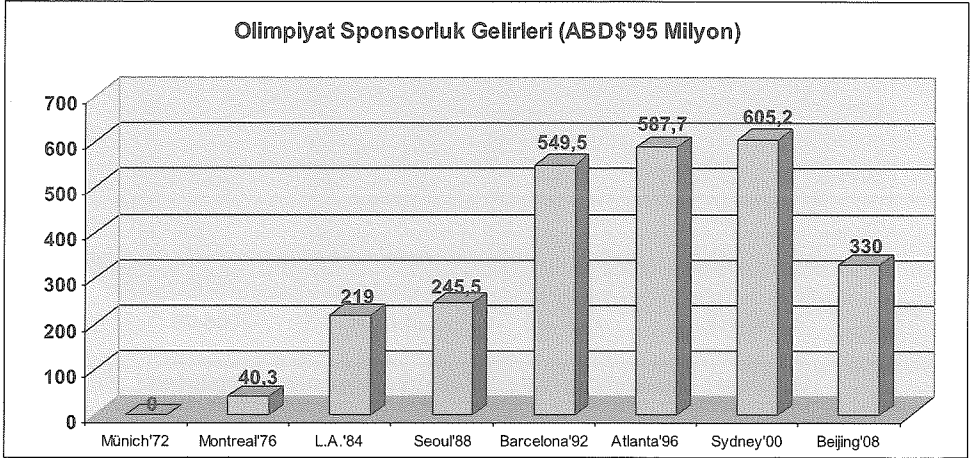
gibi çok Olimpiyat Oyunları dünyanın en pahalı sponsorlukları arasında yer alıyor. Ulus-
dikleri spes Olimpiyat Komitesi (IOC)'nin açıklamasına göre son dört yılın pazarlama
syonlarını 3,7 milyar dolardan fazla. Bu tutarın 1,3 milyar dolarını sponsorluk bedelleri
mbolleri ilruyor. Olimpiyatlar'ın küresel sponsorlukları dört yıl süreli yapıyor ve mali
sonrası yıları açıklanmamakla birlikte bedelinin 110 milyon dolar civarında olduğu tahmin
ajların, dor. Olimpiyatlar'ın 11 global sponsoru var: Acer, Atos, Coca-Cola, Dow, GE,
syonuna ronald's, Omega, Panasonic, P&G, Samsung ve Visa. "Olimpiyat Oyunları resmi
n belki dsoru" ünvanının alınması süreci başlatıyor. Küresel ve bölgesel sponsorlar bu
piyat oyunun getirdiği hakları kullanıp tasarladıkları reklam ve pazarlama faaliyetlerine de
onlarca dolarlık harcama yapıyorlar.

Örneğin Samsung, 27 Temmuz - 12 Ağustos 2012 tarihleri arasında düzenlene-
Londra 2012 Yaz Oyunları için hem ürünlerinin özel olimpiyat modellerini piya-
azarlama sürecek hem de global marka elçisi sıfatıyla David Beckham'la çalışacak. 35
çok bilidir Küresel sponsor olan McDonald's ise oyunlar süresince olimpiyat Köyü'nde
organizaşağı dört restoranda toplam 1.75 milyon adet mönü satmayı hedefliyor.

NBC 20 McDonald's ile işbirliği yapan marka elçileri arasında 12 madalyalı Amerikalı
r ödemiş yüzücü Dara Torres da olacak.

Barcelona'da gerçekleşen 1992 olimpiyatlarında da toplam sponsorluk katkısı
Milyon Dolar olarak gerçekleşmiştir. Yani yaklaşık olarak sponsor başına dört yıl
nının becesinin iki katı para ödenmiştir (Falconer 1996: 1). Öte yandan 2004 Atina Olimpi-
oyunlarında sadece uluslararası sponsorların mali desteği 272 Milyon Euro olarak
klanmıştır (www.invgr.com). İngiltere'de yayınlanan The Economist'in haberine
re 2012 yılında Londra'da gerçekleşecek olimpiyat oyunlarının maliyeti 4 Milyar
und (7 Milyar Dolar) olarak tahmin edilmekte olup büyük sponsorların her birinin

50 Bin Pound'un üstünde bir bedel ödemesi beklenmektedir. Bu rakamlar sponsorluğun ticari büyüklüğünü yalnızca olimpiyat oyunları çerçevesinde ifade etmektedir. Diğer yandan sponsorluğun farklı alanlarda da uygulandığı düşünüldüğünde rakamların birkaç yıl öncesine göre olağanüstü boyutlara ulaştığı açıkça görülmektedir. (www.sponsorluk.gov.tr).



Kaynak: <http://olympics.pthimon.co.uk/index2.htm>

2012 Olimpiyat Oyunlarının Londra da yapılacağı 2005 senesinde kesinleştiğinden üç sene sonra 2008 de diğer ülkelerle birlikte İngiltere ekonomisi de ciddi bir durgunluk krizi ile sarsıldı. Olimpiyat komitesinin kriz öncesi çabalarıyla toplanan 450 milyon pound karşılığı sponsorluk geliri 2010 sonu itibariyle 700 milyon pound'a ulaştı ve oyunlarının finansmanı için toplanması planlanan 2 milyar pound'un yaklaşık üçte biri şimdiden sağlandı. 2005 de hemen yerel sponsorlar la başlatılan bu kampanya, 2008 Pekin Olimpiyatlarından sonra sponsorluktan vazgeçen Kodak gibi eski IOC (International Olympics Committee) sponsorlarının yerini alan British Airways, BP, Llyods TSB, Nortel, EDF gibi dünya devleri ile sürdürülüyor. Tüm zamanların sponsor geliri rekorlarını kırmayı beklenen 2012 Londra olimpiyatları için firmalar yaklaşık 40 milyon poundluk bir sponsorluk bedeli ödüyor. (www.sponsorluk.gov.tr)

Tuzak Pazarlama: Genelde büyük organizasyonlar, özelde ise, önemli spor olaylarında sponsor olmayan kurumların izleyici ilgisini resmi sponsor olan kurumlardan uzaklaştırarak kendi üzerlerine çekmek ve resmi sponsor olan rakiplerini yıpratmak amaçlı faaliyetler olarak tanımlayabileceğimiz (İnal ve Baysal, 2006), Gerilla Pazarlama, Pusu Pazarlama, Parazit Pazarlama, Otlakci Pazarlama, Asalak Pazarlama, Sinsi Pazarlama ve daha çok kullanılan şekli ile Tuzak Pazarlama kavramı ile ilgili farklı tanımlar aşağıda sıralanmıştır:

▪ Resmi olmayan bir etkinliğe sponsor olamayan firmaların, sponsormuş gibi davranarak bir anlamda otlakçılık yapmaları (Tek ve Ozgul, 2005),

▪ Bir işletmenin, aslında resmi sponsorlukla kazanılan yarar ve ilginin bir kısmını da olsa kazanmak amacıyla kendisini dolaylı olarak bir olay ile ilişkilendirmek için planladığı çalışma (Sandler and Shani, 1989),

▪ İşletmenin rakibinin resmi sponsorluğunu reklam ve promosyon çalışmaları ile zayıflatmak veya olayın itibarını yapratacak veya hangi firmanın resmi sponsor olduğuna dair tüketicilerin zihninin karıştıracak kasıtlı çabaları (McKelvey, 1994, s.20)

Tüm tanımların ortak noktaları; gerekli mali yatırımları yapmadığı için resmen sponsorluk yetkisini almamış olan rakip firmaların, tamamen yetkisiz ve haksız bir şekilde ama kasıtlı olarak gerçek sponsor firmaları pusuya düşürüp kendilerini sözkonusu olay/organizasyon ile bağlantılı gösterip çıkar sağlamaları olarak özetlenebilir (McKelvey, 1994; Payne, 1998; Sandler ve Shani,1998; Meenaghan, 1998). Varolmayan bir yetkinin, kuralızsız ama planlı bir çerçevede kullanımı nedeniyle Türkçeye daha çok “Tuzak Pazarlama” olarak çevrilen “Ambush Marketing” kavramının “Korsan Pazarlama” şeklinde çevrilmesi de düşünülebilir.

Olimpiyat oyunları başta olmak üzere tüm önemli sportif organizasyonların bir parçası olan organize tuzak pazarlama uygulamalarının ilk olarak 1984 olimpiyat oyunlarının resmi sponsoru Fuji firması ile sponsor olmayan Kodak arasındaki pazarlama savaşı ile başladığı düşünülür. 1984 yılında geliştirilen sponsorluk paketleri sadece resmi sponsorlara kendi belirli alanlarında özel haklar sağlayarak olimpiyat oyunlarını ticari anlamda pazarlamaya başladılar. Bunun sonucu olarakta sponsorluk haklarını elde edemeyen ve bir anlamda kendilerine haksızlık yapıldığını düşünen taraflar etkinlikle ilgili faaliyetlerini izinsiz ve hatta resmi hak sahiplerini zor durumda bırakmak amacıyla hayata geçirmeye başladılar. Bu uygulamalar zamanla çeşitlenerek sadece olimpiyatlar değil ama hedef kitle ile buluşma fırsatı sunan tüm organizasyonlarda değişen oranlarda uygulanmaya başlandı. (Shani ve Sandler, 1989; Hoek ve Gendall, 2002)

2007 Beijing olimpiyatlarında resmi sponsor olmayan KFC’in “I love Beijing” sloganını kullanması ve/veya Pepsi’nin mavi kutularını “Çin yılına saygı “ amacıyla kırmızı kutularla değiştirmesi diğer tuzak pazarlama uygulamalarının yanında masum olarak kalanlar. Yine 2008 de sponsor olmayan Gatorade, resmi sponsor olan Coca-Cola firmasına karşı hazırladığı reklamlarda olimpiyat antremanlarında masa tenisi oynayan çocukları gösterirken sahip olmadığı bir imtiyazı kullandı.

Nike, tuzak pazarlama taktikleri konusunda öne çıkan firmalardan birisi olarak 1984 de Los Angeles Olimpiyatlarının yapıldığı alan dışındaki tüm duvarlara kendi isim ve sloganlarını yazdırdı. Benzer bir uygulamayı yine Nike, 1996 da UEFA Şampiyonluk maçı öncesi Londra Wembley stadyumundaki tüm reklam alanlarını kiralararak, 1996 Atlanta olimpiyatlarında ise oyunların yapıldığı alana hakim bir binayı isim ve sloganlarıyla donatarak yaptı. Her durumda da hedef kurum ismini ve sloganlarını izleyicilere hatırlatmak ve bunu organizasyonun resmi sponsorlarından daha güçlü bir şekilde vurgulamak.

Mercedes’in 1997 New York maratonunda kullandığı hava taşıtları ile ismini gökyüzüne taşıması da kimileri için “yaratıcı” ama resmi sponsor Toyota için engelle-yici bir taktikti.

1994 Norveç Kış olimpiyatlarında sponsor olan Visa firmasının olimpiyat köyünde American Express kartlarının kabul edilmediğini iddia etmesine karşılık olarak

American Express firmasının 'Norveç'e gitmek için pasaporta ihtiyacınız var; visa'ya yok' mesajını reklamlarında kullanması da tüketicileri yanıltmaya yönelik girişimlerden bir diğeridir. Oyunlardan sonra yapılan araştırmanın sonucuna göre katılımcıların %66'sı resmi sponsorun American Express olduğunu zannetmesi de girişimin başarılı olduğunu düşündürüyor.

Sporcuların iki ayrı sponsor arasında tercih yaptığı tuzak pazarlama örneklerinden en bilineni 1992 olimpiyat oyunlarında ABD basketbol takımı oyuncusu Michael Jordan'ın madalya töreninde giydiği kıyafet üzerindeki milli takım sponsoru Reebok logosunu kapatması olayıdır. Rakip firma Nike uzun yıllar Jordan'ın bireysel destekçisi idi.

Hukuk sistemlerinde Tuzak Pazarlama uygulamalarına getirilen önlemler

Farklı Tuzak Pazarlama yöntemlerinin hukuka aykırılığı konusunda bir mutabakat olmadığı gibi "Tuzak Pazarlama" kavramı hukuk mevzuatında da tanımlanmamıştır. Hukuka aykırılık teşkil edip etmediği sorunundan bağımsız olarak Tuzak Pazarlama kavramı, sponsor olmayan bir işletmenin, rakibi hedef alsın ya da almasın, bir organizasyon ile kendisi arasında ilişki kurmak suretiyle izleyicilerin ilgisini ve dikkatini kendi üzerine çekmeye yönelik her türlü faaliyetini ifade eder (İnal ve Baysal, 2006 s.198).

Tuzak Pazarlama uygulamaları genellikle sahte ürün üretmek veya ticari marka ihlali gibi kanuna aykırı faaliyetler içermediği için ABD hukuk sisteminde de detaylı olarak tanımlanmamıştır. Dava edilen vakalar da sadece tuzak pazarlama suçlaması değil, yanıltıcı reklam ve kontratın ihlali gibi suçlamalarla mahkemeye taşınmış vakalardır. ABD'de Tuzak Pazarlama şikayetleri ile ilgili hukuki çözüm eksikliğinin bir nedeni de reklamcılara başkalarının hakkını ihlal etmemek şartıyla kendi ürün/hizmetlerini tanıtmaya ve promosyon yapma hakkını veren İlk Anayasa Tadilatı (The First Amendment) dir. Çoğunlukla olduğu gibi Tuzak Pazarlama uygulamalarında üçüncü bir firmanın ticari marka haklarını ihlal etmedikleri müddetçe, reklamcılar, Federal Hükümetin gücünü kısıtlayarak bireylerin haklarını koruma altına alan ve ABD ticaret uygulamalarında önemli yeri olan İlk Anayasa Tadilatı korumasını da sıklıkla kullanabilirler. ABD de ticari faaliyetleri düzenleyen diğer bir yasa Ticari Marka Sulandırma Yasası (Federal Trademark Dilution Act) da tuzakçı pazarlamacılar tarafından aşılabilmektedir. Tanınmış bir marka isim veya sembolünün başka bir ürün/hizmette kullanılması ile tüketici yanıltılması ve güvenilip bilinen markanın başka alanlarda da üretim/pazarlama yaptığını düşüncesine yol açılarak marka itibarının zedelemesi "Marka Sulandırılması (Brand Dilution) olarak anılmaktadır. Ancak bu durumda bile mahkeme "gerçekten sulandırma" suçlaması için kendi takdirini kullanabilmektedir.

Büyük spor organizasyonları ve Olimpiyat oyunlarına evsahipliği yapan Kanada'da da tuzak pazarlama vakaları özellikle çok uluslu firmalar arasında gerçekleşmiş ve bunlardan en bilineni mahkeme tarafından reddedilmiştir. Coca-Cola'nın resmi sponsor olduğu Ulusal Hokey Ligi şampiyonluk maçları için Pepsi'nin tüketiciler arasında düzenlediği çekilişler sonucu hediyeler dağıtılmış, ancak kampanya ismi olarak "Hokey Şampiyonluk Çekilişi" tabiri kullanılsada tüm malzemelerin üzerinde "Bu çekiliş Ulusal Hokey Ligi ile ilişkili değildir" ibaresi yer aldığından, Coca-Cola'nın

Pepsi aleyhine açtığı dava Kanada mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Tuzak Pazarlama kavramı Kanada Rekabet Yasasında net olarak tanımlanmadığı için mahkeme Pepsi kampanyasının tüketicileri yanıltmak amaçlı olduğunu kabul etmemiştir.

Dünya Tuzak Pazarlama literatürünün bilinen diğer bir vakası da Hindistanda Uluslararası Kriket Konseyi (ICC) ile Philips arasında yaşanan hukuki sorundur. Hindistanda yapılan kriket şampiyonasının sponsoru olmayan Philips şanslı müşterilerine maç bileti veren kampanyayı düzenlediğinde ICC tarafından haksız rekabet sağladığı iddiası ve şampiyona ile ilgili her türlü reklamı durdurması talebiyle dava edildi. Davayı reddeden Delhi Yüksek Mahkemesi, Hint Hukuk sisteminde de "Tuzak Pazarlama" kavramının ticari bir terim olarak tanımlanmadığını, "Kriket Dünya Kupası" tabirinin jenerik bir kavram olarak "ticari bir marka" sayılmayacağını ve Philips firmasının sponsor olduğu izlenimi yaratmadığına hükmetti.

Yeni Zelanda Olimpiyat Komitesi, olimpiyat logosunu çağrıştıran bir reklam spotu ve reklam sloganı nedeniyle Yeni Zelanda Telefon İdaresini mahkemeye verdiği mahkemenin kararı farklı değildi.

ABD, Canada, Hindistan ve Yeni Zelanda örneklerinden farklı olarak Arjantin-Buenos Aires Ticaret Mahkemesi Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA) ile Pepsi Co. Firması arasındaki davada farklı bir karar verdi. 2002 Dünya Futbol Şampiyonası Tokyo'da yapılacaktı ve Pepsi sponsor olmamasına rağmen "Tokyo 2002" sloganının reklamlarında kullanarak kendisini Dünya Kupası ile ilişkili gösterip haksız rekabete yol açtığı iddiası ile reklamları mahkeme tarafından durduruldu.

Tuzak Pazarlama uygulamalarını kanunen suç olarak tanımlayan ve ağır para cezaları hatta uzun süreli hapis ile cezalandıran Güney Afrika, bu konuda en farklı ve radikal tavrı alan ülkelerin başında gelmektedir. Ticari uygulamaları düzenleyen yasalara yapılan eklemelerle sponsor firmalar veya organizasyon ile ilişki izlenimi veren her türlü yanlış ve yanıltıcı reklam/haberler yayınlanması yasaklanmıştır. Pepsi Co. nun resmi sponsor olduğu 2003 Dünya Kriket Şampiyonasını izleyebilmek için çantalarındaki Coca-Cola şişelerinin etiketlerini sökmek zorunda kalan okul öğrencileri bu yeni yasanın ilk kurbanları oldular. Daha da ilginç şampiyonluk maçlarından önce bölgesel ve çokuluslu şirketlere, tuzak pazarlama uygulamalarını durdurmalarını talep eden resmi mektuplar gönderilmesiydi.

Nevarki, yukarıda az sayıda örnekle özetlenen uygulamalar tüm ülkeler için çok önemli bir olay olan Olimpiyat oyunları sözkonusu olduğunda farklılık gösteriyor. Oyunların ciddi finansal yatırımları, uluslararası izlenime açık olması, çok uluslu firmalar için çok verimli fırsat oluştururken bu firmaların ticari baskılarını da beraberinde getirmesi gibi nedenlerden dolayı ülkeler sadece olimpiyat oyunları için oluşturdukları olimpiyat komitelerini ve benzeri kurumları geniş yetkilerle donatıyorlar. Bu komiteler özel yasaları ve yetkileri ile parazit pazarlama uygulamalarını engellemek anlamında daha güçlüler.

Türk Hukukunda Tuzak Pazarlama

Farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuk mevzuatında da tuzak pazarlama kavramını tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla çok farklı yöntemlerle uygulanan ve değişik isimler altında gruplandırılan bu tür "hakedilmemiş avantaj" (Payne, 1998) kazanmaya yönelik çabaların hukuki olup olmadığı tartışmaya

açıktır. Bu çerçevede ilk değerlendirme kullanılan yöntemin tanımlanması ile yapılabilir. Hukuka aykırı olarak, haksız rekabete yol açtığı düşünülen uygulamalar hukuk literatüründe “Parazit Pazarlama” olarak gruplandırılmaktadır (İnal ve Başak, 2006, s.197). Haksız rekabet hukukunda kullanılan “Parazit Rekabet” (Argan, 2004) kavramından türetilen bu tabir, işletmelerin kendilerini / ürünlerini hukuka aykırı olarak, haksız veya yanıltıcı bir şekilde sponsoru olmadığı bir kurum / organizasyon / birey ile izin almadan ilişkilendirmek suretiyle bu kurum / organizasyon / birey’in gördüğü ilgi ve itibardan yararlanma sürecindeki faaliyetleri kapsamaktadır (İnal ve Baysal, 2006). Bu çerçevede geniş anlamda tuzak (pusu, sinsi, korsan, gerilla) pazarlama ile dar anlamda hukuka aykırı, “Parazit Pazarlama” kavramlarını ayırdeden ama yine de tartışmaya açık olan unsurlar aşağıda sıralanmıştır (İnal ve Başak, 2006) :

Haksız veya yanıltıcı ilişkilendirme: Hukuka aykırı olan ve olmayan tuzak pazarlama yöntemlerinde işletme kendisini bir şekilde hedef aldığı ama sponsoru olmadığı organizasyon veya kurum ile izinsiz olarak ilişkilendirebilir ve bunun önlenmesi mümkün olmayabilir. Olimpiyat oyunları veya büyük spor olayları hemen tüm sektörlerde tanıtım ve reklam amaçlı olarak kullanılan fırsatlardır ve reklamcılar bu tür güncel fırsatları değerlendirmek zorundadırlar. Ancak burada belirleyici olan işletmenin bu ilişkilendirme sürecinde haksız veya tüketicileri ilişki içinde olmadığı sözkonusu organizasyonun sponsoru imiş gibi yanıltıcı bir mesaj verip vermediğidir. Türkiyede düzenlenen bir uluslararası futbol şampiyonluk maçı öncesi işletmeler futbol topu, futbol maçları veya tanınmış futbolcuların yer aldığı reklamlar yapabilirler. Nitekim bunlar yapılıyor. Ancak bu reklamlarda şampiyonluk maçının sponsoru olmayan kurumların söz konusu futbol maçını düzenleyen organizasyonun logosu, ismi veya eleme maçlarını göstermesi kurulmaya çalışılan ilişkiyi haksız ve yanıltıcı yapacaktır. Bu konuda en bilinen örnek 2002 Dünya Kupası öncesinde TFF’nin Ana Sponsoru Pepsi iken Coca-Cola’nın yapmış olduğu tanıtım faaliyetleridir.

Tuzak pazarlama uygulamalarının hukuka aykırı olarak parazit pazarlama sayılması için tüketicileri yanıltarak resmen varolan bir sponsorluk ilişkisini yıpratması veya bu yanıltıcı izlenimin somut bir zarara yol açması gerekli bir ön şart değildir (İnal ve Baysal, 2006). Hukuka aykırı olma kavramı sadece ve doğrudan zarar görmüş bir taraf gerektirmediğinden parazit pazarlama sayılabilecek faaliyetlerde de resmen hedef alınmış bir resmi sponsor veya daha geniş anlamıyla üçüncü bir taraf bulunması şart değildir (İnal ve Baysal, 2006). Parazit pazarlama faaliyetinden resmi sponsorun veya hedef alınan kurum / organizasyonun zarar görmüş olması da aranan bir şart değildir. Kaldı ki bu tür zararların ölçülüp, kanıtlanması da çoğu zaman mümkün değildir.

Tuzak ve parazit pazarlama ile mücadele:

Önemli sportif, kültürel, sosyal, bilimsel programların ve organizasyonların resmi sponsorları kendilerini bu olaylarla ilişkilendirip, özdeşleşebilmek için milyonlarca dolar yatırım yaparlar. 2006 FIFA Dünya Futbol şampiyonasına resmi sponsorların desteği \$675 milyon dolar olarak hesaplandı (IEG, 2006). 2006 Torino ve 2008 Pekin Olimpiyat oyunları için onbir ana sponsorun herbiri ortalama \$80 milyon dolar destek sağladı. Organizatörlere ödenen bu ciddi rakamlara ilaveten promosyon malzemesi, hediyeler, çekilişler adı altında çok büyük harcamalar yapan sponsorlar kendi kurum-

sal kimliklerini de büyük organizasyonlarla entegre ederek ciddi sorumluluk yüklenmektedirler. Bunun karşılığında da hakettiklerine inandıkları avantajları hiçbir yatırım yapmayan rakipleri ile paylaşmak istemeyeceklerdir. Tuzak pazarlama faaliyetleri organizatörler için de ciddi tehdit oluşturur çünkü sponsorluk sistemine olan güveni sarsarak resmen destek sağlayacak olan kurumları uzaklaştırırlar. Bu da sponsorluk sisteminin uygulandığı tüm sektörlerde düzenlenecek organizasyonların azalmasına ve başta spor olamak üzere çok sayıda sektörde daralmaya yol açabilir. Başta olimpiyatlar olmak üzere tüm büyük organizasyonlar aslında birer “markalı” üründürler ve ürünlerin prestiji ile popülerliği tuzak pazarlamacılarının insafına bırakılırsa ne finansal ne de sosyal anlamda bu büyük yatırımlardan fayda sağlanabilir. Sonuç olarak hukuki olsun olmasın tüm tuzak pazarlama faaliyetlerinin önlenmesi gerekmektedir. (McKelvey & Gladden, 2006)

Bu bağlamda alınacak ilk tedbir resmi destek sağlayan ve desteklenen taraf arasında geçerli “Sponsorluk Sözleşmesi” nde alınacak olan önlemlerdir. Örnek olarak farklı seviyelerde bir’den çok sponsor varsa bunların faaliyet alan sınırlarının sözleşmede net olarak belirtilmesi gerekir. Spor olayı ile sporcuların farklı kurumlar tarafından desteklenmesi yine sözleşmede netleştirilmesi gereken önemli bir detay olabilir. Organizasyon biletlerinin, kullanılacak sembol, logo ve sloganların olası tuzak veya parazit pazarlama teknikleri ile nasıl kullanılabileceğini öngörüp bunlar için tedbirler oluşturulması; organizatörün alacağı tedbirler, seyircilere getirilecek kısıtlar, destek sağlayan firmanın yükümlülükleri gibi önemli detayların da sözleşmede belirtilmesi gerekecektir. Sözleşmeye eklenecek “münhasırlık” koşulu destek sağlayan tarafın yetki alanını belirlemek anlamında yararlı olabilir (Grassinger, 2003; İnal ve Baysal, 2006; İmamoğlu, 2003).

En kapsamlı ve detaylı sponsorluk sözleşmelerinin dahi tuzak pazarlama faaliyetlerini daha doğru tabirle hukuka aykırı parazit pazarlama uygulamalarını engellemesi mümkün olmayabilir. Bu durumlarda Türk hukuk sisteminde yer alan haksız rekabet hukuku, reklam hukuku ve fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde yapılacak hukuki düzenlemeler ile parazit pazarlamanın engellenmesi mümkün olabilecektir (İnal ve Baysal, 2006, s.218).

Serbest Pazar ekonomisinin özünü oluşturan rekabet özgürlüğü Anayasamızda koruma altına alınmış ve Türk Ticaret Kanunu ile de haksız rekabet düzenlemesi yapılmıştır.

Parazit pazarlama uygulamalarının, genellikle reklamlar yoluyla, varolmayan veya alt kademede var olan sponsorluk ilişkilerini, varmış veya ana sponsorlukmuş gibi göstererek organizasyonu düzenleyeni, resmi ve ticari bağlantılar ile sponsorluk işlevini üstlenmiş olan tarafları, tüketicileri ve genelde ülke ekonomisini zarara uğratacağı açıktır (Göle, 1983). Bu şekilde farklı yöntemlerle de olsa rekabet hakkının kötüye kullanılması Türk Ticaret Kanununa göre haksız rekabettir ve haksız rekabet hükümlerine göre müeyyidelenmelidir (İnal ve Baysal, 2006, s.220.)

Burada pazarlamacılar için önemli bir detay da özellikle yanıltıcı reklam yolu ile haksız rekabet suçlaması yapıldığında Türk Ticaret Kanununa göre ihtiyati tedbir yoluyla sözkonusu reklam veya uygulamanın durdurulması eğer reklam kampanyası

ile tüketiciler üzerinde yanlış kanaat oluşturulmuş ise hakimın “düzeltici reklam” yapılmasına hükmedebilmesidir. (İnal ve Baysal, 2006, s.220.)

Parazit pazarlama faaliyetlerinin topluma en sık yansıma boyutu pazarlamacıların yaptıkları reklamlarla kendilerini resmen ve ticari olarak desteklemedikleri olay ve organizasyonların destekçisi gibi göstermeleridir. Dolayısıyla bu tür faaliyetlerin hukuki ihlalleri öncelikle reklam hukuku ile başlar. Türk hukuk sisteminde reklamların; hukuka, genel ahlaka ve doğruluk dürüstlük ilkelerine uygun olması gerektiği belirtilmiş ve aldatıcı reklam yasağı getirilmiştir. (İnal ve Baysal, 2006, s.224) Parazit pazarlama ile tuzak pazarlama tekniklerinin arasındaki fark genellikle yapılan reklamların aldatıcı olup olmadığı konusuna odaklandığından tüm taraflar için bu kavramın tanımı ve yorumu önemlidir. Reklamların yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi vermeleri onları aldatıcı olarak tanımlamak için gereklidir ama yeterli olmayabilir. Reklamdaki görüntülerle birlikte içeriğin tamamına bakılmalı ve verilmesi gereken bilgi ve açıklamaların da reklam da yer alıp almadığından emin olunmalıdır (Göle, 1983, s.209). Parazit pazarlamacılar genellikle sponsor olduklarını iddia etmeden doğru ifadeler kullansalarda reklamlarında bazı detayları gizleyip, yanıltıcı görüntüler kullanarak hukuka aykırı davranırlar. Hernekadar tüm reklam mesajlarının abartılı görüntülerle yönlendirici olduğu düşünülse bile kanun koyucu “yanıltıcı” olma durumunun tespitinde ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketiciler açısından aldatıcı olup olmadığının tespitini kastetmiştir (Göle, 2083, s. 74). İlâveten, reklam içinde yer alan “aldatıcı” detayın tüketicilerin satınalma kararını etkileyebilecek derecede önemli olması da aranan bir şarttır. Bu şekilde tüm reklamların mahkemeye taşınması riski de azalmış olacaktır.

Parazit pazarlamacılar sponsoru olmadıkları organizasyonun tescilli marka veya logolarını aynen veya benzeterek kullanıp yarar sağlarsa, Fikri Mülkiyet Hukuku çerçevesinde yer alan Marka Hukukunu çiğnemiş olurlar ve bu durumda o markanın sahibi olan taraf parazit pazarlamacıları engelleyebilir. Nitekim Türkiye Futbol Federasyonu (TFF), 2002 Dünya Kupasında resmi sponsor Pepsi Co. olduğu halde Coca-Cola firmasınınTürk Milli takımı forması kullanılan reklamlarını şikayet etmiş ve sözkonusu reklamlar durdurulmuştur. TFF'nin 5894 sayılı yeni kanununda bu konuda özel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre:

TFF'nin sponsoru olmadığı halde, yaptıkları duyuru, reklam, tanıtım ve benzeri faaliyetlerle üçüncü kişilerin nezdinde TFF'nin sponsoru izlenimini yaratan kişilerin eylemleri hakkında 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri uygulanır.

Tuzak pazarlamacının marka semboller veya işaretlerini aynen kullanma hatasını yapmadığı ve Marka Hukuku ile ilgili olarak en bilinen örnek ise yukarıda da bahsedilen Kanada Ulusal Hokey Federasyonu (NHL) ile Pepsi Co. Kanada arasındaki davadır. Pepsi Co. Firmasının sponsor olmadığı Kanada hokey şampiyonluk maçları ile ilgili düzenlediği promosyon kampanyasını resmi sponsor Coca-Cola mahkemeye taşımış ancak mahkeme Pepsi Co. Lehine karar vermiştir. Çünkü kampanya süresince NHL, kupa ve takımların isimleri kullanılmamış, ilâveten kullanılan ürünlerde Pepsi'nin NHL ile bir sponsorluk ilişkisi bulunmadığı sürekli olarak belirtilmiştir. Bu olay da tuzak veya parazit pazarlamacıların gerekli tedbirleri alarak marka hukuku korumasını nasıl aşabileceklerine dair anlamlı bir örnek teşkil etmiştir. (İnal ve Baysal, 2006).

Aynen kullanımı veya taklit edilmesi en popüler olan semboller ise Olimpiyat sembolleridir. Olimpik Antlaşma Kurallarına göre Olimpiyat sembolünün, Olimpiyat sloganının, Olimpiyat bayrağının, Olimpiyat amblemlerinin, Olimpiyat marşının ve Olimpiyat oyunlarını çağrıştıran ifadelerin tek kullanım hak sahibi Uluslararası Olimpiyat Komitesidir. (<http://www.olympic.org>). Bu kuralları kabul etmiş olan Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi de tüm olimpik antlaşma kurallarına Türkiyede de uyulmasını sağlamakla yükümlüdür. (İnal ve Baysal, 2006)

1994 yılında Reklamcılar Derneği, Reklamverenler Derneği ve Medya Temsilcilerinin katılımı ile oluşturulan Reklam Özdenetleme Kurulu (RÖK), Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'na aykırı buldukları reklamların düzeltilmesini ya da yayınlanmamasını reklamverenden talep etmektedir. Hukuki bağlayıcılığı olmadığı için sadece tavsiye niteliği olan bu talepler reklamverenleri ve medyayı diğer denetim organlarının yaptırımlarından korumak amaçlıdır (www.rok.org.tr). Sekiz yıl içinde hem haksız rekabeti hem de yanıltıcı reklamları önlemek açısından başarılar elde eden RÖK, reklamları incelenen markaların olumsuz etkilenmemesi için karar gerekçelerini kamuoyuna açıklamamaktadır.

Sonuç

Sınırlı sayıdaki başarılarla karşın, ülkelerin hukuk sistemleri resmen yetkili sponsorların olduğu tüm eylemlerde bu yetkiyi al(a)mamış rakiplerin yaratıcı girişimlerini engellemek konusunda yetkisiz kalmaktadırlar. Görelî olarak yeni sayılabilecek bu tür eylemlerin hukuk sistemlerinde tanımlanmaması, girişimcilerin rekabet haklarını kısıtlıyor olma endişesi, resmi sponsorların konuyu mahkemeye taşıma isteksizlikleri gibi nedenlerle tuzak/parazit pazarlama taktikleri özellikle büyük organizasyonlarda gündeme gelmeye devam edecektir. Çok büyük maddî çıkarları içeren organizasyonlarda sponsorun çıkarlarını korumak ile rekabeti engellemek kolaylıkla karıştırılabilecek iki kavramdır. Bu kavram yakınlığını etik açıdan yorumlamak ise sadece tek yanlı kişisel bir değerlendirme olmaktan öteye geçemez. Tuzak pazarlamanın hukuka uygunluğu ise sözkonusu somut olayın parazit pazarlama tanımına girip girmemesine bağlıdır. Farklı hukuk sistemlerinde olimpiyatlar gibi organizasyonlar için tasarlanmış özel düzenlemeler ise parazit pazarlama taktiklerini tespit için etkili çözümlerdir. Daha kapsamlı sponsorluk sözleşmeleri, resmen alınan hakların net ifadeleri, organizatörlerin düzenlemelerindeki hassasiyeti, olimpiyat komitelerinin maddî olarak güçlenmeleri gibi tedbirler tuzak pazarlama girişimlerini olumsuz etkileyecek ama sonlandırmakta yeterli olmayacaktır.

2006 yılında İstanbul Park'ta yapılan Formula 1 yarışında birinciye ödülünün son anda yapılan bir değişiklikle çok sayıda ülkenin resmen tanımadığı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Başkanı Mehmet Ali Talat'a verdirilmesi ve de bunun televizyon ekranlarından tüm dünyadaki milyonlarca kişiye izletilmesi de çok tartışılabilir tuzak pazarlamanın siyasi olarak kullanıldığı çok başarılı bir örnektir.

KAYNAKÇA

- Argan, M. (2004). Spor Sponsorluğu Yönetimi. Detay Yayıncılık: Ankara.
- Dolphin, R.R. (2003). Sponsorship: Perspectives on its strategic role. *Corporate Communications*, 8(3), 173-186. Retrieved November 2, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 411123391).
- Göle, C. (1983). Ticaret Hukuku açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü: Ankara.
- Grassinger, E. (2003). Sponsorluk Sözleşmesi. Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Gülmez, M., Dörtüyoğ, İ.T. (2009). Açıklamalı Pazarlama Sözlüğü. Ankara: Detay Yayıncılık.
- How to avoid an IP ambush. (2009). *Managing Intellectual Property*, (09605002), n/a-n/a. Retrieved from <http://search.proquest.com/docview/233240957?accountid=17381>.
- İmamoğlu, S.H. (2003). Sponsorluk Sözleşmesi. Yetkin Yayınları: Ankara.
- İnal, E. & Baysal, B. (2006). Tuzak Pazarlama (Ambush Marketing). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. LXIV, A1. s.195-235*.
- Lee, J.K. (2005). Marketing and promotion of Olympic Games, United States Sports Academy, 8 (3), Summer, www.the-sport-journal.org
- McKelvey, S. and Grady, J. (2008). Sponsorship Program Protection Strategies for Special Sport Events: Are Event Organizers Outmaneuvering Ambush Marketers? *Journal of Sport Management*, 22, p. 550-586.
- Meenaghan, T. (1998). Ambush Marketing: Corporate Strategy and Consumer Reaction: ABSTRACT. *Psychology & Marketing*, 15 (4), 305. Retrieved November 2, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 415592501).
- Meenaghan, T. (2001). Sponsorship and advertising: a comparison of consumer perceptions *Psychology & Marketing*. Hoboken: Vol.18, 2, p. 191-215.
- Meenaghan, Tony. (1996). Ambush Marketing--a Threat to Corporate Sponsorship. *Sloan Management Review*, 38(1), 103. Retrieved November 8, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 10345222).
- Pricewaterhouse Coopers LLP, Wilkofsky Gruen Associates. www.pwc.com/sportsoutlook
- Preuss, H., Gemeinder, K., & Séguin, B. (2008). Ambush Marketing in China: Counterbalancing Olympic Sponsorship Efforts. *Asian Business & Management*, 7(2), 243-263. Retrieved November 2, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 1470605141).
- Redhouse Türkçe İngilizce Sözlük. (1986). Redhouse Yayınevi: İstanbul.
- Sans legal restraint, no stopping brash, creative ambush mar. (1994, April), *Brand week*, 35 (16), 20. Retrieved November 8, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 12071921).
- Shani, D. & Sandler, D (1998). Ambush marketing: Is confusion to blame for the flickering of the flame? *Psychology & Marketing*, 15(4), 367-383. Retrieved November 8, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 30906755).
- Sung- Joon Yoon, & Yong-Gil Choi. (2005). Determinants of successful sports advertisements: The effects of advertisement type, product type and sports model.

Journal of Brand Management, 12(3), 191-205. Retrieved November 9, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 797068161).

Şimşek, G. (2007). Pazarlama İletişimi "Gayri Resmi Silah: Tuzak Pazarlama ve Uygulanan Stratejiler, Selçuk İletişim, 5, 1, p.135-143.

Türk Dil Kurumu, (2005). Türkçe Sözlük. Türk Dil Kurumu yayınları: Ankara.

Ünal, H. (2011). Tuzak pazarlama ve spor. Ambush marketing and sports. *International Journal of Human Sciences*, 8 (1). Retrieved November 9, 2011, from <http://www.insanbilimleri.com/ojs/index.php/uib/article/view/1646/700>

Yalçın, H, Doğru, Z.,& Yüктаşır, B. (2010). Spor Tüketici Farklılıkları ve Spor Pazarlaması Bileşenleri. *Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi. Journal of Physical Education and Sport Sciences*, 6(2). Retrieved November 9, 2011, from <http://e-dergi.atauni.edu.tr/index.php/besyo/article/view/814/811>.

http://www.aryasponsorluk.com.tr/sponsorluk_hakkinda_dunyada_turkiyede.html

<http://www.belgeler.com/blg/15e5/marka-hukukunda-tescil-engelleri-the-obstacles-to-the-registration-of-trademark-law>

<http://www.marketingpower.com/Community/ARC/Pages/Additional/Definition/default.aspx>

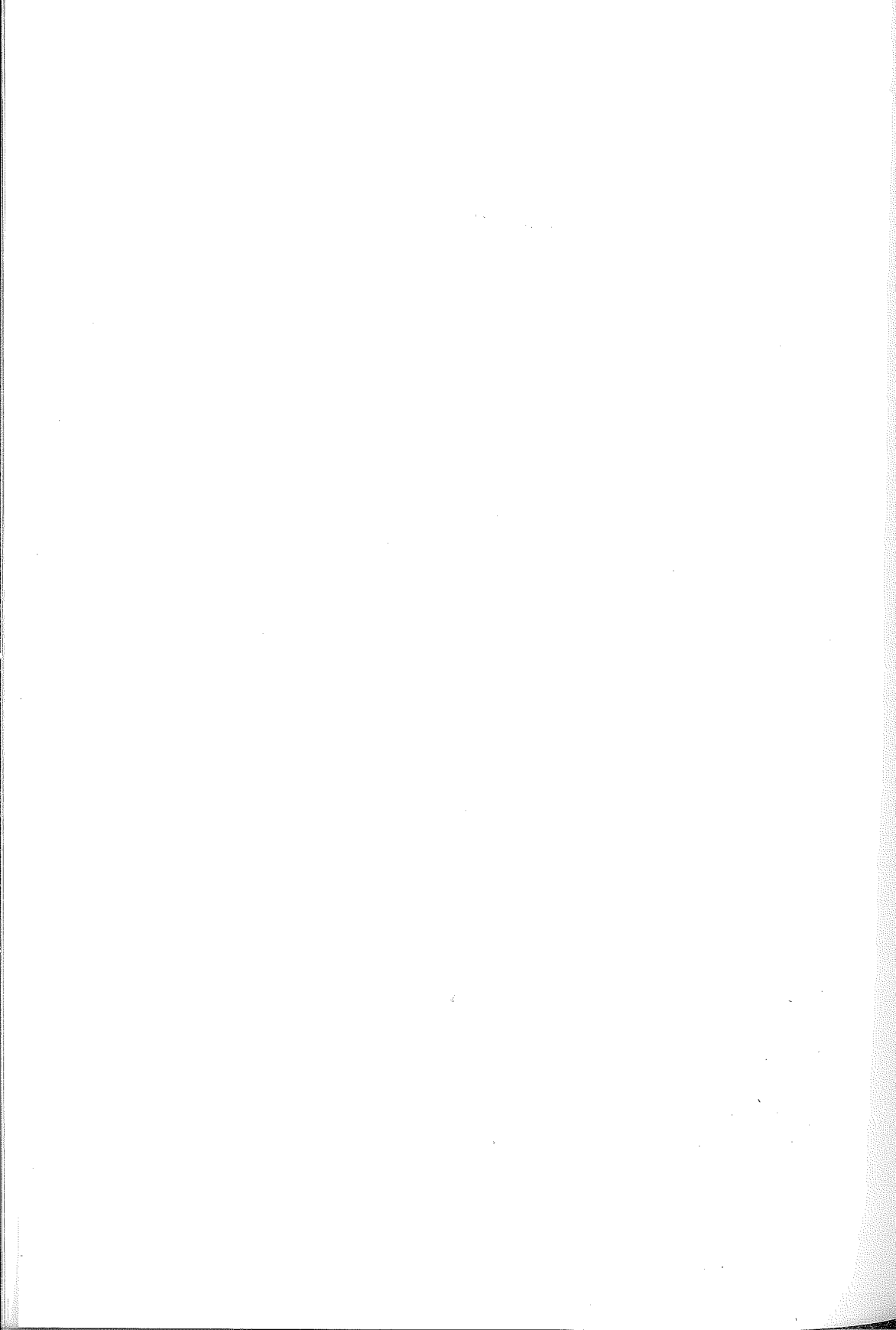
http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf

http://www.olympic.org/Documents/IOC_Marketing/OLYMPIC_MARKETING_FACT_FILE_2011.pdf

www.sponsorluk.gov.tr/istatistikler_detay.aspx

<http://www.sportsmillenium.com/2009/05/17/dunyada-spor-sponsorluk-yatirimlari/#more-624>

<http://www.sportsmillenium.com/category/spor-ekonomiz/sponsorluk/www.rok.org.tr>



TÜRK-İSRAİL İLİŞKİLERİ VE ORTADOĞU'DA YENİ TEHDİTLER (TURKISH-ISRAELI RELATIONS AND NEW CHALLENGES IN THE MIDDLE EAST)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Mahmut Deniz TANSİ*

ÖZET

Türk-İsrail ilişkileri Ortadoğu'da ayırt edici bir özellik taşır. Bilindiği gibi, nüfusunun çoğunluğu Müslüman olup ta, İsrail'i tanıyan ilk ülke Türkiye'dir. Öte yandan Türkiye, Müslüman ülkeler içindeki tek laik rejimdir. Ve Türkiye'nin İsrail'i tanıma davranışı aynı zamanda Batı sisteminin bir üyesi olmanın uzantısıdır. ABD müttefikliği ve Batı Blok'unda konumlanmayı kastediyoruz. İsrail'in varlığı Arap ülkeleri tarafından "El Nakba" yani "kıyamet günü" olarak adlandırılmaktadır. Bölgedeki pek çok sorun aynı zamanda Türk-İsrail ilişkilerini de etkilemiştir. Ancak İsrail'in Türkiye'yle ilgili politikasında "alternatifi" olmamıştır. 1978'de Mısır'la imzalanan Camp David anlaşması ve Ürdün'le ilişkiler kurmak, İsrail'in izolasyonu kırmak için yeni seçenekleri olmuştur. Ancak gerçekte Ortadoğu'da İsrail'in "değişmeyen ortağı" sadece Türkiye olmuştur.

Bugün, bölgede Batı sistemine yönelik yeni tehditler oluşmaktadır.

- 1- Köktenci hareketler
- 2- Kitle İmha Silahları (KİS) ve nükleer tehdit
- 3- Ekonomik ve sosyal sorunlar
- 4- Yeni yarım devletler
- 5- İran'ın periferisi
- 6- İhvan'ın bölgesel ağı
- 7- Dalgalanma ve belirsizlik

Bu bağlamda ideolojilerin ve önyargıların dışında, iki ABD müttefikinin ilişkilerini sürdürmesi zorunludur.

Anahtar Kelimeler: Türkiye, İsrail, ABD, Ortadoğu, laiklik.

ABSTARCT

Turkish-Israeli relations is significant in the Middle East. Turkey is the first country which recognized Israel as a Muslim majority population. On the other hand Turkey is the only secular regime among Muslim countries. And Turkey's behaviour to have relations with Israel is also a continuation of being a member of Western system. We mean to be US ally and deploying in the Western bloc. Israel's existence is called by Arab countries as "Al Nakba" means "catastrophe". There were many problems in the region and also effected Turkish-Israeli relations. But Israel's policy to Turkey had no alternative. 1978 Camp David agreement with Egypt and founding relations with Jordan became new options for breaking isolation about Israel. But in fact Turkey is the only unchanged partner of Israel in the Middle East.

Today, new challenges to the Western system occur in the region.

* Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, e-posta: dtansi@gmail.com

- 1- *Fundamental movements*
- 2- *WMD and nuclear threat*
- 3- *Economic and social problems*
- 4- *New quasi states*
- 5- *Iran's periphery*
- 6- *Ikhwan's regional network*
- 7- *Turmoil and uncertainty*

In this context, without the ideologies and the cultural prejudice, two US allies have necessities to continue the main ties.

Keywords: *Turkey, Israel, The USA, The Middle East, secularism.*

GİRİŞ: BATI'YA TEHDİTLER KAPSAMINDA TÜRK-İSRAİL İLİŞKİLERİ

Türk-İsrail ilişkileri Ortadoğu'da ayırt edici bir özellik taşır. Bilindiği gibi, nüfusunun çoğunluğu Müslüman olup ta, İsrail'i tanıyan ilk ülke Türkiye'dir. Öte yandan Türkiye, Müslüman ülkeler içindeki tek laik rejimdir. Ve Türkiye'nin İsrail'i tanıma davranışı aynı zamanda Batı sisteminin bir üyesi olmanın uzantısıdır. ABD müttefikliği ve Batı Blok'unda konumlanmayı kastediyoruz.

İsrail'in varlığı Arap ülkeleri tarafından "El Nakba" yani "kıyamet günü" olarak adlandırılmaktadır. Bölgedeki pek çok sorun aynı zamanda Türk-İsrail ilişkilerini de etkilemiştir. Ancak İsrail'in Türkiye'yle ilgili politikasında "alternatifi" olmamıştır. 1978'de Mısır'la imzalanan Camp David anlaşması ve Ürdün'le ilişkiler kurmak, İsrail'in izolasyonu kırmak için yeni seçenekleri olmuştur. Ancak gerçekte Ortadoğu'da İsrail'in "değişmeyen ortağı" sadece Türkiye olmuştur.

Bugün, bölgede Batı sistemine yönelik yeni tehditler oluşmaktadır.

- 1- Köktenci hareketler
- 2- Kitle İmha Silahları (KİS) ve nükleer tehdit
- 3- Ekonomik ve sosyal sorunlar
- 4- Yeni yarım devletler
- 5- İran'ın periferisi
- 6- İhvan'ın bölgesel ağı
- 7- Dalgalanma ve belirsizlik

Türk-İsrail ilişkileri bu bağlamdaki zemin üzerinde durmaktadır. 2011 baharı NATO'nun Libya operasyonuna tanıklık etti. Net bir şekilde görüldüğü üzere, NATO artık Ortadoğu'dadır. Ve Suriye'ye yönelik olası bir NATO operasyonu işaret edilmektedir. İran'ın dini lideri Hamaney, Suriye'ye NATO operasyonu olursa, bölgede Türkiye dahil NATO üsleri ve tesislerini vuracaklarını açıklamıştır. Türkiye'nin Libya ve Suriye konularındaki tutumu, Batılı müttefikleriyle uyusmaktadır; söz konusu çerçevede zaten Türkiye daha önce de NATO'nun Bosna, Kosova ve halen Afganistan operasyonlarında üye olarak yer almış; Libya operasyonunda da muharip güç olmakla birlikte bulunmuştur. Batılı hedeflere yönelik İran tehdidi elbette İsrail'i de içermektedir. İslam Cumhuriyeti, İsrail'e düşman, Türkiye'ye ise bir dost gibi davranmaktadır. Ne var ki her iki ülke de (Türkiye ve İsrail) İran'ın Batı bağlamındaki

hedefleridir. İran'ın Akdeniz'den Basra Körfezi'ne uzanan bölgesel bir periferisi vardır. İran Lübnan'da Hizbullah'ı harekete geçirebilir. İronik olarak İran'ın yerine yeni Mısır yönetimi Gazze'deki Hamas'la daha yakın ilişkilere sahip olma potansiyelini taşımaktadır. Filistin'de Hamas-Fetih anlaşmasını desteklemek ve Refah sınır kapısını tek taraflı açmak, Mısır'a Gazze ve Hamas'ın eylemleriyle ilgili yeni sorumluluklar yüklemektedir. Tekrar İslam Cumhuriyeti'ne odaklanırsak, İran'ın Yemen'deki Şii militanlar ve Güney Irak'ta somut bir nüfuzu vardır. İran nükleer silahlara sahip olduğunda, bölgesel dengeler Batı eksenine aleyhine dönecektir. İslam Cumhuriyeti, Filistin sorununu Arap ülkeleri üzerinde etki sahibi olmak için kullanmaktadır. Aynı zamanda, Filistin sorunu ile kendi nükleer programını meşrulaştırmaya çalışmaktadır.

Ortadoğu'daki dalgalanma İhvan'ın bölgedeki yükselişinin altını çizmektedir. İslamcı örgüt sadece Mısır'da değil aynı zamanda Yemen, Ürdün ve Suriye'de etkilidir. Esad rejiminin çökmesinin eşğine gelmesi son derece önemlidir. Bununla birlikte Suriye İhvan'ının gücü kesirtilenmemektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası BAAS rejimleri Ortadoğu'da doğmuştu, şimdi ise İhvan rejimleri gelmektedir. Ve İhvan'ın temel gündemi İsrail'i Ortadoğu'da diskalifiye etmektir.

Pek çok konunun "Filistin'i kurtarmak" adı altında karşılıklı bir ilişkisi vardır. Hangi bölge ülkesi bunu başaracaktır? Ya da bu sadece Ortadoğu liderliğini ele geçirmek için kullanılan bir söylem veya propaganda mıdır?

Anımsandığı gibi Kasım 2007'de, ABD Annapolis Barış Süreci'ni cesaretlendirmiş ve 5 konu başlığı müzakerelerde ön plana çıkmıştı.

- 1- Sınırlar
- 2- Filistinli mülteciler sorunu
- 3- Kudüs'ün statüsü
- 4- Batı Şeria'daki Yahudi yerleşimleri
- 5- İsrail'in "Yahudi devleti" olarak tanınma talebi

2009'da ABD başkanı Obama Ürdün kralı Abdullah'ı Arap Barış Planı'nı revize etmesi için teşvik etti. Kral en son 2007'de Riyad'da düzenlenen Arap Birliği zirvesinde onaylanan planı tekrar gündeme getirdi. Plana göre İsrail 1967 sınırlarına çekilirse, Arap ülkeleri tarafından tanınacaktı. Bu Batı Şeria ve Gazze'de bağımsız bir Filistin devleti ve İsrail'in Golan Tepeleri'nin yeniden Suriye'ye verilmesi anlamına geliyordu. Öte yandan İsrail Batı Şeria'yı tarihsel olarak Juda ve Samaria olarak görmekte ve Yahudi yerleşimlerini özendirmektedir. Anımsanırsa İsrail Gazze'den bütün olarak çekildi ancak Batı Şeria'da halen birtakım haklarla ilgili ısrar etmektedir. İsrail'in yeni kabinesi Abdullah'ın planını reddetmiş ve Obama'yı rahatsız etmiştir.

Türk-İsrail gerilimi Davos'taki "one minutes"ten, Akdeniz'de 9 Türk yurttaşının İsrail komandoları tarafından ölümüne neden olan Mavi Marmara vakasına kadar adım adım artmıştır. Türk yönetimi Gazze Şeridi'nin durumunun altını çizmiş ve Türk-İran baharı bu yaklaşımı kolaylaştırmıştır. Ancak İran Suriye'deki dalgalanmanın ardından tecrit olmaktan çekinmekte, Hizbullah Suriye'deki lojistiğini kaybetmekte ve Hamas, İran yerine Mısır'daki İhvan'ın nüfuzu altına girmektedir.

El Fetih'in BM'ye "bağımsız Filistin" için tek taraflı başvurusu, rakibi Hamas'ı elemine etmek içindir. Türk başbakanı Filistinli büyükelçilerle yaptığı toplantıda, Filistin'i "ulusal bir konu" olarak deklare etmiştir. Turkish PM declared that Palestine is

a national case for Turkey during a meeting with PA's ambassadors. Ulusal konu söylemi, aynı zamanda Kıbrıs için de kullanılmaktadır. Bu yeni bir politika mıdır yoksa sadece propaganda mıdır? Sonuçları göreceğiz.

Öte yandan Türk ve İsrail'li diplomatlar, 2 Eylül'de Palmer raporuna Türkiye'nin tepkisi gelmeden önce çeşitli kereler bir araya gelmişlerdir. Müzakerelerde Suriye kilit bir konu olmuştur. Türkiye'nin Mavi Marmara hadisesiyle ilgili 3 resmi beklentisi vardır. Birincisi özür, ikincisi ölen Türk yurttaşları için tazminat ve başbakan Erdoğan tarafından 12 Haziran genel seçimlerinin akabinde, yeni hükümet programını açıklarken eklediği, Gazze'ye yönelik İsrail ablukasının kaldırılmasıdır.

Üçüncü madde bir bölge ülkesinin baskısına benzemektedir. Peki İsrail'e yönelik diğer yaptırımlar ne olacaktır?

Bir Ortadoğu liderliği mimarisi belki bugünkü yönetim tarafından İsrail karşıtı bir söylemle dile getirilebilir. Ancak değişen koşullar Neo Osmanlı gündemini zorunlu uygulamalarla dönüştürmektedir.

Aynı noktaya dönüyoruz. Türk Dış Politikası'nın yaptırımı nedir? Tüm ilişkileri bitirmek bir yaptırım olabilir mi? İki ABD müttefikinin ikili ilişkileri arındırma opsiyonu var mıdır?

Türk başbakanı "B planı" adı verilen bir yaptırımdan söz etmişti. Gizli olan İsrail'e diplomatik bir tehdit midir? Ya da İsrail'i Mavi Marmara'yla ilgili Türk talepleri için ikna mı etmektedir?

Netenyahu hükümetinin durumu çok kritiktir. İsrail dış işleri bakanı Lieberman Türk taleplerini reddetmesine rağmen, İsrail kabinesi kabul ederse, hükümetten ayrılmayacaklarını açıklamıştır.

ABD başkanı Obama Türk-İsrail geriliminden endişelenmiş, kendi yönetiminin Arap ülkelerindeki dalgalanmadan sonra çabaları artmıştır.

Kilit ülke Suriye olarak gözükmekte ve İsrail karşıtı söylem artık verim arz etmemektedir.

Bu zeminde Türk-İsrail ilişkilerini Batı'ya yeni tehditler kapsamında çözümleneceğiz.

YENİ TEHDİTLER BAĞLAMINDA TÜRK-İSRAİL İLİŞKİLERİ

Anımsanacağı gibi Batı Sistemine yönelik yeni tehditleri saymıştık. Tekrar başlıkları sıralayalım:

- 1- Köktenci hareketler
- 2- Kitle İmha Silahları (KİS) ve nükleer tehdit
- 3- Ekonomik ve sosyal sorunlar
- 4- Yeni yarım devletler
- 5- İran'ın periferisi
- 6- İhvan'ın bölgesel ağı
- 7- Dalgalanma ve belirsizlik

1- KÖKTENCİ HAREKETLER

Soğuk Savaş sonrası Batı Sistemine yönelik durumu provoke etmiştir. Rövanşist eğilimler tek kutuplulukla beslenmiştir. Sovyet bloğunun ortadan kalkması uluslararası ortamı değiştirmiştir. ABD Afganistan'da "mücahitleri" Sovyet işgaline karşı ve Çe-

çen militanları Rusya Federasyonu'na karşı desteklemiştir. Bosna iç savaşı ve Kosova çatışması küresel bir İslamcılık'ı doğurmuştur. Ve yeni hedef ABD olarak yer almıştır.

11 Eylül saldırıları El Kaide'yi ön plana çıkarmıştır. El Kaide lideri Bin Ladin Suudi Arabistan'lı zengin bir aileden geliyordu ama Afganistan'da "mücahitler"in içinde mücadele ediyordu. 15-20 Kasım 2003'te El Kaide terörü Türkiye'yi de vurdu. Milli Güvenlik Siyaset Belgesi'ndeki son değişikliklerle El Kaide de Türkiye için "tehdit" kabul edildi. Türk yetkilileri El Kaide'ye defalarca müdahale etti. İsrail de El Kaide tehdidi altındadır ve terör örgütü anti-semitizmden kaynaklanan bir yüzeye sahiptir. El Kaide'yi elemine etmek için Türk-İsrail işbirliği yaşamsal gözükmetedir.

2- KİS VE NÜKLEER TEHDİT

KİS uluslar arası siyasette temel bir belirleyici olmuştur zira devlet dışı aktörler ve bazı devletler tarafından yasadışı olarak ele geçirilmiş ya da geliştirilmiştir. Soğuk Savaş döneminde bloklar arasında denge vardı. Böylece nükleer ve konvansiyonel silahlar uluslar arası antlaşmalar ve anlaşmalarla kontrol edilebiliyordu. Uluslar arası kamuoyu konu üzerinde etkiliydi. Sovyetler Birliği ve müttefikleri çökünce, Soğuk Savaş bitti. Herkes yeni yüzyılın barış ve istikrar getireceği beklentisi içine girdi. Ancak yeni dönemin yeni sorunu olarak, bazı devletler kontrol edilemedi, çünkü uluslar arası rekabet ve antlaşmalar adı geçen devletleri etkileyemedi. ABD tek süper güç oldu. Mikro milliyetçilik ve bölgesel çatışmalar yeni silahlanma sürecini besledi. Yeni dönemde silahlanma süreci bloklar arasında değil, bölgesel güçler arasında gerçekleşti. Ekonomik depresyon eski Sovyetler'in bilim insanlarını etkiledi. Özellikle illegal KİS üretimi ve geliştirme metotları diktatörlükler tarafından kullanılmaya başlandı. Bu gelişmelerin yanı sıra, Soğuk Savaş ve sonrasında ABD kendi müttefik ve dostlarına KİS ya da KİS hammaddesi sattı. Dostlar genelde üçüncü dünya coğrafyasındandı. Nükleer tehdit genellikle İran'la gündeme geliyor. Pakistan'daki Taliban'a ne demeli? İslam Cumhuriyeti'nin nükleer programı doğrudan içinde Türkiye ve İsrail'in de de yer aldığı Batılı ülkeleri hedef alıyor. NATO füze kalkanı dünyanın geriye kalanına karşı bir bariyer teşkil etmektedir. Türkiye NATO füze kalkanının radarlarına ev sahipliği yapma durumundadır. İran Suriye krizi ve kalkanla ilgili Batılı ülkeleri tehdit etmektedir. Türkiye bölgedeki tek NATO üyesidir.

3- EKONOMİK VE TOPLUMSAL SORUNLAR

Ortadoğu'yla ilgili gerçek sorun ekonomi-politik üzerinde gerçekleşmektedir. Petrolün stratejik önemi yoğunlukla ele alınmaktadır. Ne var ki bu ülkelerde servetler sermayeye dönüştürülememektedir. Kabileler, kraliyet hanedanları ve tiranların Batılı bankalarda yüklü miktarda paraları ve servetleri vardır. Ancak sorun bölgede "modern piyasa ekonomisi"nin yaşayamamasıdır. Yoksulluk ve ekonomik dengesizlik toplumsal gerginliği tetiklemektedir. Köktenci hareketler, radikal örgütler bu yapıyı kullanmaktadır. Türkiye ve İsrail bölgenin istisnai demokrasileri ve modern ekonomileridir. Her iki ülkede de piyasa ekonomisinin gerçek temeli vardır. Eğer aradaki fark dengelenirse, Ortadoğu gelecekte sağlıklı bir sisteme sahip olarak, küresel sisteme entegre olabilecektir.

4- YENİ YARIM DEVLETLER

Öncelikle ABD'nin Irak'tan Aralık 2011 tarihi itibarıyla çekilmiş olması tüm bölgeyi etkileyecektir. İşgal sonrası Irak'ın yapısı sağlıklı bir biçimde tahmin edilememektedir. Irak Anayasası'na göre Kürdistan Bölgesel Yönetimi (KBY) Batı ekseninde ve gelecekte de ABD'yle yakın ilişki içinde olmaya gönüllü gözükmektedir. KBY başkanı Barzani, Kasım 2008'de *The Wall Street Journal*'a yazdığı makalede "Kürdistan'ı Irak için model olarak" ifade etmişti. (Mesut Barzani, "Kurdistan Is a Model for Iraq", *The Wall Street Journal*, November 12, 2008.

<http://online.wsj.com/article/SB122645258001119425.html>) Barzani KBY'yi tüm Irak için laik ve federal bir model olarak vurgulamıştı. Türkiye'de KBY ve KBY topraklarından gelen PKK terörü için şiddetli bir tartışma yaşanmaktadır. 5 Kasım 2007'de Türk başbakanı ve ABD başkanı PKK'ya karşı işbirliği ve elektronik istihbarat paylaşımı için anlaşmışlardı. Türkiye bu zirveden sonra PKK'ya karşı KBY topraklarına "sınır ötesi hareket" başladı. Aslında zirvenin en önemli sonucu, Türkiye'nin KBY'yi Irak merkezi hükümetinin yanı sıra resmen tanımasıydı. Türkiye-KBY arasındaki ilişkiler ekonomik ve politik olarak gelişmeye başlamıştır. İşgal sonrası süreç için Sünni ve Şii Araplar'ın yaklaşımı kestirilememektedir. Türkiye-İsrail ve KBY'nin ortak pozisyonu ABD müttefiki olmak ve Batı eksenindeki ilişkilere sahip olmaktır. Söz konusu durumun yanında 2011'den sonra İran'ın Irak üzerindeki nüfuzu bir rekabet yaratacaktır. Ana rakipler İran ve ABD'dir. Türkiye ve İsrail'in politikaları Irak'ta ABD ekseninde buluşmaktadır. Böylece Irak'ın geleceği de Türk-İsrail ilişkileri için önemli bir konu olmaktadır.

5- İRAN'IN PERİFERİSİ

İran'ın politik etkinlikleri Güney Irak, Lübnan ve bazı Körfez ülkelerine ulaşmaktadır ve "Şii hilali" olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte İran'ın nüfuzu 2011'den sonra Irak'ta bir rekabet yaratacaktır. ABD ve İran'ın temel rakipler olduğunu belirtmiştik. Aynı zamanda Lübnan'ın yakın gelecekteki durumu sıkıntılı gözükmektedir. *Hizbullah* Lübnan'da somut anlamda "devlet içinde devlet" kurmuştur. İran'ın Lübnan üzerindeki nüfuzu Suriye desteğiyle sağlanmaktadır. İran siyasetinin 2011'e kadar Doğu Akdeniz'de iki kanadı olmuştur. Lübnan'da Hizbullah'ın "devlet içinde devleti" *Hizbullahistan*'ı yaratmış, Hamas'ın Gazze'deki politikaları *Hamasistan*'la sonuçlanmıştır. Bu antiteler sadece İsrail'e değil aynı zamanda ılımlı Arap ülkelerine de karşı olmuşlardır. İran yaklaşımı bu çerçevede İsrail, ılımlı Arap ülkeleri ve dolayısıyla Ortadoğu'daki Batı eksenine karşı tehdit haline gelmiştir. Türkiye geçen yıl İran'ın "uranyum zenginleştirme programı" hakkında 17 Mayıs'ta Brezilya'yla birlikte Tahran deklarasyonunu hazırlamış ve 9 Haziran 2010'da BM Güvenlik Konseyi'nde İran'a yönelik yaptırımlara "hayır" oyu vererek, Batılı müttefikleriyle çelişmiş olsa da, 2011 sonunda gerek füze kalkanı, gerekse de Suriye politikası çerçevesinde her geçen gün artan İran tehdidiyle karşı karşıyadır.

İran'ın Doğu Akdeniz'den Basra Körfezi'ne uzanan periferisinde, Hamas'ın ek-seni "Arap dalgalanması"ndan sonra değişmiş, Hamas kuruluşundaki kaynağı Mısır'daki İhvan'a yönelik eksen değişmiştir. Ancak Lübnan'da Hizbullah'ı her an harekete geçirecek bir potansiyele sahiptir. İslam Cumhuriyeti'nin Yemen'deki Şii militanlarla, Güney Irak'la somut ilişkisi bulunmaktadır. Eğer İran nükleer silahlara

sahip olursa, bölgesel dengeler batı eksenini aleyhine değiştirecektir. Türkiye ve İsrail bu durumdan doğrudan etkilenenecektir. Suriye'deki kaos ve İran'ın nükleer tehdidi, Türk-İsrail geriliminin azalmasını gerektirmektedir.

6- İHVAN'IN BÖLGESEL AĞI

İhvan bölgedeki en temel İslamcı örgüttür. Bazı gözlemciler örgütü bir şemsiye olarak değerlendirmektedir. Örgüt 1928'de Mısır'da kurulmuştur. İdeolojik kaynağı El Ezher ekolüyle ifade edilmektedir. 1952'de "Hür Subaylar" hareketiyle Mısır'da darbe yapıp işbaşına gelen Nasır'ın İhvan'la ilişkileri vardı. Ancak Nasır İhvan'ı baskı altına aldı ve lideri Seyyid Kutub'u 1962'de astırdı. Zira Mısır Sovyetler'le yakınlaşmış ve İhvan siyasal rakip olmuştu. Günümüzde İhvan Ortadoğu'daki dönüşümü ustaca kullanmaktadır. Örgütün Yemen, Ürdün ve elbette Suriye'de aynı adı taşıyan oluşumları vardır. Sünni radikalizmi İhvan adı altında yeni bir Ortadoğu'da atağa kalkmaktadır. Türk-İsrail hattının örgüte yaklaşımı nedir? Türkiye'deki siyasal iktidar İslamcı örgütün politikalarına sempatiyle bakmakta, İhvan'ın politik oluşumları AKP'yi örnek almaktadır. Öte yandan İhvan'ın Mısır'ı Neo Osmanlı yaklaşımını kırmakta ve olası bir İhvan Suriyesi'nin konumu tahmin edilememektedir. Mısır'daki dönüşümden sonra, halen askerlerin başında bulunduğu geçici yönetim, Mayıs 2011'de Gazze'ye yönelik "kara ablukası"nı kaldırdı. Böylece İsrail'in "deniz ablukası" tek başına anlamını kaybetti. İhvan Suriye'de "devleti teslim alırsa" İsrail açısından, Esad'dan daha az bir tehdit olacağı çok tartışılır.

7- DÖNÜŞÜM VE BELİRSİZLİK

Arap dönüşümü sorunludur. 2011'deki dalgalanmadan sonra daha modern ve demokratik bir Ortadoğu olabilir mi? Ya da bir İhvan ağı mevcut ortamı manipüle eder mi? Tahrir Meydanı artık İhvan'ın devleti teslim almasının prova alanı oldu. İhvan ülkedeki temel siyasal aktör oldu. Suriye'ye ne demeli? Esad tiranlığı aynı zamanda İran'ın müttefikidir ve kendi halkına baskı yapmaktadır. Ancak bir başka sorun İhvan'ın Suriyesi Esad'ınkinden daha radikal olacaktır. Sovyetler Birliği'nin ve Doğu Bloku'nun çöküşü Doğu Avrupa'ya liberal demokrasileri ve piyasa ekonomilerini getirdi. Ancak Ortadoğu'daki son dönüşüm bölgeye demokrasi vaat etmemektedir.

ORTADOĞU'NUN BATILI EKSENİ: TÜRKİYE VE İSRAİL

Soğuk Savaş sürecinde Britanya ve ABD Bağdat Pakti ve CENTO aracılığıyla Ortadoğu'da Batılı bir eksen kurmaya çalıştı. İki örgütün farkı sadece adları değildir, ikincisinde Irak bulunmamaktadır. Irak 1958'deki askeri darbeden sonra Bağdat Pakti'nden çekilmiştir. Türkiye, İran ve Pakistan Kuzey Kuşağı ya da Yeşil Kuşak olarak değerlendirilmiştir. Bu ülkeler ABD'nin Sovyetler'i "çevreleme" politikası çerçevesinde ifade edilmiştir.

Gerçekte dinsel gruplar ve İslamcılık anti-komünizm zemininde kullanılmıştır. Ancak İslamcılık Soğuk Savaş sonrası yeniden biçimlendirilmiş ve Batı karşıtı bir duruma gelmiştir. İlginç bir soru zihinlere gelmektedir. İslamcılık modern mi yoksa Batıcı mı? Yanıt basittir. İslamcılık Batı eksenini tarafından taktiksel olarak manipüle edilmiştir. Ve gücünü arttırmıştır. 1979 İran İslam Devrimi Yeşil Kuşak'ın ilk sonu-

cadur. İkinci sonucu Pakistan'dır. Pakistan "mücahitler"i Sovyetler'in Afganistan'ı işgaline karşı ABD'yle birlikte desteklemiştir. Ancak günümüzde ABD ve Pakistan arasında temel sorunlar vardır ve Taliban yakın gelecekte Pakistan'da belirleyici hale gelebilir. Başka bir "nükleer tehdit" bu ülkede doğabilir.

Geçen sorunlara rağmen Türkiye halen NATO üyesi, AB giriş sürecinde ve Avrupa Konseyi üyesidir. İsrail Türkiye gibi ABD müttefikidir ve Avrupa ülkeleriyle güçlü ilişkilere sahiptir. Her iki ülke de Batıcı değil ama Batılıdır. Çünkü liberal demokrasiler ve piyasa ekonomisidirlir ve Batılı değerleri paylaşmaktadırlar.

İkili ilişkilerin yol haritası:

- 1- Suriye krizi
- 2- İran sorunu
- 3- Irak'ın geleceği
- 4- Mısır'ın durumu
- 5- Filistin sorunu
- 6- Libya'daki belirsizlik
- 7- Devlet dışı aktörler ve terörizm

Her iki ülke de bu yüzeyde çalışma konumundadır. Öncelikle Türkiye-İsrail ABD müttefikidirler. Ancak ABD kabinesi Türk-İsrail krizini yönetememiştir. İsrail güvenlik konsepti Obama yönetimiyle çelişkiler yaşamaktadır. Obama Filistin barış sürecini Eylül 2010'da tekrar başlatmak istemiştir. Ne var ki girişim başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Türkiye, İsrail ve Suriye'nin dolaylı görüşmelerinde kolaylaştırıcı bir rol üstlenmişti. "Dökme Kurşun Operasyonu"ndan sonra Türkiye'nin rolü ve müzakereler sona erdi.

Yeni bir barış süreci mümkün müdür? Netanyahu hükümeti ve Erdoğan yönetimi Mavi Marmara dahil krizler yaşamışlardır. Suriye krizi yapısal bir dönüşümü ifade etmekte ve Türkiye-İsrail ilişkilerinde diğer başlıkları tetiklemektedir.

Suriye'deki dalgalanma bölgesel barışa yönelik doğrudan bir tehdittir. Hizbullah'ı desteklemesinin yanı sıra İran şimdi Suriye'de Devrim Muhafızları ile aktifir. Eğer İran tarafından tüm Ortadoğu'ya yönelik bir saldırı olursa neler yaşanacaktır?

İran'ın Büyük Stratejisi ABD işgalinin ardından Irak'ı kontrol etmek ve Irak-Suriye hattında periferisini genişletmektir. Bu bir nüfuz alanı olacak ve haritada konuşlanacaktır; Irak, Suriye ve Lübnan'a uzanan bir eksen inşa edilecektir. Böylece Şii hilali tamamlanacaktır. Bu durum Türkiye ve İsrail için büyük bir riski teşkil etmektedir. Bununla ilgili uyarılar Türkiye tarafından uzun bir zamandan beri dile getirilmektedir.

(AA, "Gül: Suriye'deki olaylara sessiz kalınamaz", NTVMSNBC, <http://www.ntvmsnbc.com/id/25237388/>)

Türk-İsrail işbirliği Ortadoğu'nun istikrarlı hale gelmesi için son derece önem arz etmektedir. Bölgede Batı ekseninde bu iki ülkenin dışında Suudi Arabistan, Ürdün Batıcı Sünni geleneksel hanedanlar olarak yer almaktadır. Mısır'ın durumu ne olacaktır? Yeni Mısır askeri cunta ve İhvan nüfuzu çerçevesinde mi hareket edecektir? Bilindiği gibi Mısır'ın Ortadoğu'da tarihi bir liderlik hayali vardır. İran'ın Lübnan'dan Doğu Akdeniz'e uzanan periferisinden söz etmiştik. Tüm kavşak yollarında Suriye'nin durumu kritiktir ve olası bir İhvan akımı iktidara bu ülkede gelebilir ya da İran yanlısı BAAS rejimi iktidarda kalabilir.

Türkiye ve İsrail'in bölgede stratejik rolleri vardır. Ve ABD de eklendiğinde aralarında doğal bir üçgen vardır. Yeni Irak'ın ve gelecekteki Suriye'nin belirsiz konumunun terörizmle ve devlet dışı aktörlerle ilgili potansiyeli vardır. Ortadoğu'daki tarafların dışında, El Kaide'nin başka bir eksenini vardır. Tiranlıklar ve devlet dışı aktörler kestirilemez bir ortam yaratmaktadır. İran'ın nükleer planları sorunlu gözükmektedir. Hamas ve Hizbullah'ın etkinlikleri silah ve uyuşturucu kaçakçılığını beslemektedir.

1996 ve 1997 antlaşmaları ekonomik ve askeri anlamda sağlıklı bir altyapı yaratmıştı. (Gencer Özcan and Ofra Bengio, "The Decade of the Military in Turkey: The Case of Alignment with Israel in 1990's", *International Journal of Turkish Studies*, Spring 2001, volume 7, nos: 1 and 2, p.22) 2009'dan beri süren Türkiye-İsrail gerilimi kaosu tetiklemiştir. Ve durum bölgeyi kırılğan hale getirmiştir. Mavi Marmara olayı ilişkileri zedelemiş ve 2 Eylül 2011'de Palmer Raporu açıldıktan sonra diplomatik ilişkiler fiilen donmuş, temsilcilik düzeyi Türkiye tarafından ikinci katiplik düzeyine düşürülmüştür. Türkiye'nin ilişkileri normalleştirmek için İsrail'den 3 konuda beklentisi halen masanın üzerinde durmaktadır. Birincisi özür, ikincisi Mavi Marmara'da yaşamını kaybeden Türk yurttaşları için tazminat ve İsrail'in Gazze'ye yönelik "deniz ablukası"nın kaldırılmasıdır. *Haaretz*'in Palmer Raporu öncesindeki iddiasına göre, İsrail başbakanı Netenyahu'nun "özür"ü kabul etmemesinin nedeni, Erdoğan'ın Ortadoğu lideri olma olasılığıydı. (Barak Ravid, "Netanyahu to Clinton: Israel won't apologize to Turkey for Gaza flotilla raid", August 17, 2011, *Haaretz*, <http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/netanyahu-to-clinton-israel-won-t-apologize-to-turkey-for-gaza-flotilla-raid-1.379110>) Ve Erdoğan "özür" olmadan ikili ilişkilerin düzemeceğini defalarca dile getirmiştir. (Barak Ravid and Reuters, "Turkey PM: Israel ties won't improve without apology for Gaza flotilla raid", August, 17, 2011, *Haaretz*, <http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/turkey-pm-israel-ties-won-t-improve-without-apology-for-gaza-flotilla-raid-1.379145>)

Suriye krizine rağmen Türk-İsrail gerilimi ortadan kalkmamıştır. Bölgede liderlik için büyük bir rekabet vardır. Değerlendirmeler anımsanırsa, Ortadoğu'da farklı duyarlıklar vardır ve bölgesel liderlik sıkıntılıdır. Suudi Arabistan-Ürdün bir yanda, diğer yanda yeni Mısır ve İhvan zinciri, öte yandan da İran'ın periferisi rekabet içindedir. Türkiye'deki iktidar partisinin Ortadoğu'ya açılımı Neo Osmanlı ve İslamcı söylemle kullanılmaktadır. Ancak gerçekçi midir? İsrail'e yönelik söylem iktidar partisine oy kazandırabilir. Türkiye'nin Batı'yla bağları, İsrail karşıtı stratejiye engeldir. Türk-İran rekabeti Suriye'de ve ABD işgali sonrası Irak'ta artma potansiyeline sahiptir. *Cumhuriyet*'e göre , Türkiye "füze kalkanı"nda açıkta kalan alanları Patriot C'lerle kapatacaktır. (Bahadır Selim Dilek, "Yeni Patriot'lar Geliyor", *Cumhuriyet*, 22 Ağustos 2011, p.5) Ve bilindiği gibi kalkanın radarları Malatya Kürecik'te konuşlanmaktadır. Bu bağlamda İsrail ABD'nin sadık müttefikidir ve böylece yapısal bir çelişki ortaya çıkmaktadır.

İsrail'de Netenyahu kabinesi, aşırı Sağ partilerin talepleri karşısında zayıftır. Lieberman Türkiye'ye karşı sert söylemini kullanmaya devam etmektedir. İsrail'in bölgedeki yalnızlığı Türkiye ile kırılabilir. Ancak Netenyahu hükümetinin koalisyon dengeleri bu çerçevede engel teşkil etmektedir. İsrail için izolasyon gündeme gelebilir.

Sözde “Arap Baharı”ndan sonra Camp David dengesi sarsılmıştır. Yeni Mısır yönetimi askeri vesayetin altında gözüke de İhvan’ın talepleri belirleyici olma konumundadır. Öncelikle Mısır Gazze’ye yönelik “kara ablukası”nı kaldırmış, İsrail’in kaçan İslamcı militanları yakalamak için “sıcak takip” yapması üzerine, büyükelçisini geri çekmiştir. (**Hürriyet**, “*Mısır İsrail’deki büyükelçisini geri çekti*”, 20 Ağustos 2011, <http://www.hurriyet.com.tr/planet/18535676.asp>) İsrail acilen Mısır’dan özür diledi. (AP/ Ian Deitch and and Maggie Michael, “*Israel Apologizes to Egypt for Soldier Deaths*”, **Time**, August 20, 2011,

<http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2089655,00.html>) Olası bir izolasyon Sina yarımadasında daha büyük bir riski barındırmaktadır. Mazel’e göre İslamcı örgütler ve militanlar yarımada konuşlanmaktadır.

(Zvi Mazel, “*Analysis: Egypt- The Blame Game*”, **The Jerusalem Post**, August 21, 2011, <http://www.jpost.com/MiddleEast/Article.aspx?id=234683>) Türk-İsrail gerilimi, İsrail’in Gazze’ye yönelik “Dökme Kurşun Operasyonu”ndan sonra başlamıştı. Hamas İsrail’le olan ateşkesi, İsrail operasyonuna neden olan Aralık 2008 örneğinde olduğu gibi Ağustos 2011’de de kaldırmaya kalkıştı. (**Reuters**, “*Hamas armed wing calls of two year truce*”,

August 19, 2011, <http://www.reuters.com/article/2011/08/19/palestinians-israel-hamas> idUSL5E7JJ3V520110819) Hamas’la yeni bir çatışma ya da Gazze’ye İsrail operasyonu, ikili ilişkileri tamamen bitirir mi? Türkiye İsrail’e yönelik baskıda lider midir? İsrail’in izolasyonu hangi ülkelere hizmet etmektedir? Ya da söz konusu politika İsrail karşıtı politikalar bağlamında İran’ın şampiyonluğunu elemine mi edecektir? İdeolojilerin ve kültürel önyargıların dışında, iki ABD müttefiki temel bağlarını sürdürme zorunluluğuna sahiptir. Bu zeminde uzun erimli bir stratejinin, sürdürülebilir barış için inşa edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AA, “*Gül: Suriye’deki olaylara sessiz kalınamaz*”, **NTVMSNBC**, <http://www.ntvmsnbc.com/id/25237388/>.

(AP/ Deitch Ian and and Michael Maggie, “*Israel Apologizes to Egypt*”, **Time**, August 20, 2011, <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2089655,00.html>)

aHBR, “*İran Türkiye’yi tehdit etti: Vururuz*”, 27 Haziran 2011, <http://www.ahaber.com.tr/Dunya/2011/06/27/iran-turkiyeyi-tehdit-etti-vururuz>.

Barzani Mesut, “*Kurdistan Is a Model for Iraq*”, **The Wall Street Journal**, November 12, 2008. <http://online.wsj.com/article/SB122645258001119425.html>

Dilek Bahadır Selim, “*Yeni Patriot’lar Geliyor*”, **Cumhuriyet**, 22 Ağustos 2011, p. 5.

Habertürk, “*İsrail’e süre, sonra B planına geçilecek*”, 24 Temmuz 2011, <http://www.haberturk.com/dunya/haber/651174-israile-sure-sonra-b-planina-gecilecek>

Hürriyet, “*Mısır İsrail’deki büyükelçisini geri çekti*”, 20 Ağustos 2011, <http://www.hurriyet.com.tr/planet/18535676.asp>.

Kohen Sami, “*Üçüncü şart şart mı*”, **Milliyet**, 13 Temmuz 2011, <http://dunya.milliyet.com.tr/ucuncu-sart-sart-mi/>
<http://dunya.dunyayazardetay/13.07.2011/1413593/default.htm>.

(Mazel Zvi, "Analysis: Egypt- The Blame Game", *The Jerusalem Post*, August 21, 2011, <http://www.jpost.com/MiddleEast/Article.aspx?id=234683>).

Özcan Gencer and Bengio Ofra, "The Decade of the Military in Turkey: The Case of Alignment with Israel in 1990's", *International Journal of Turkish Studies*, Spring 2001, volume 7, nos: 1 and 2, p. 22.

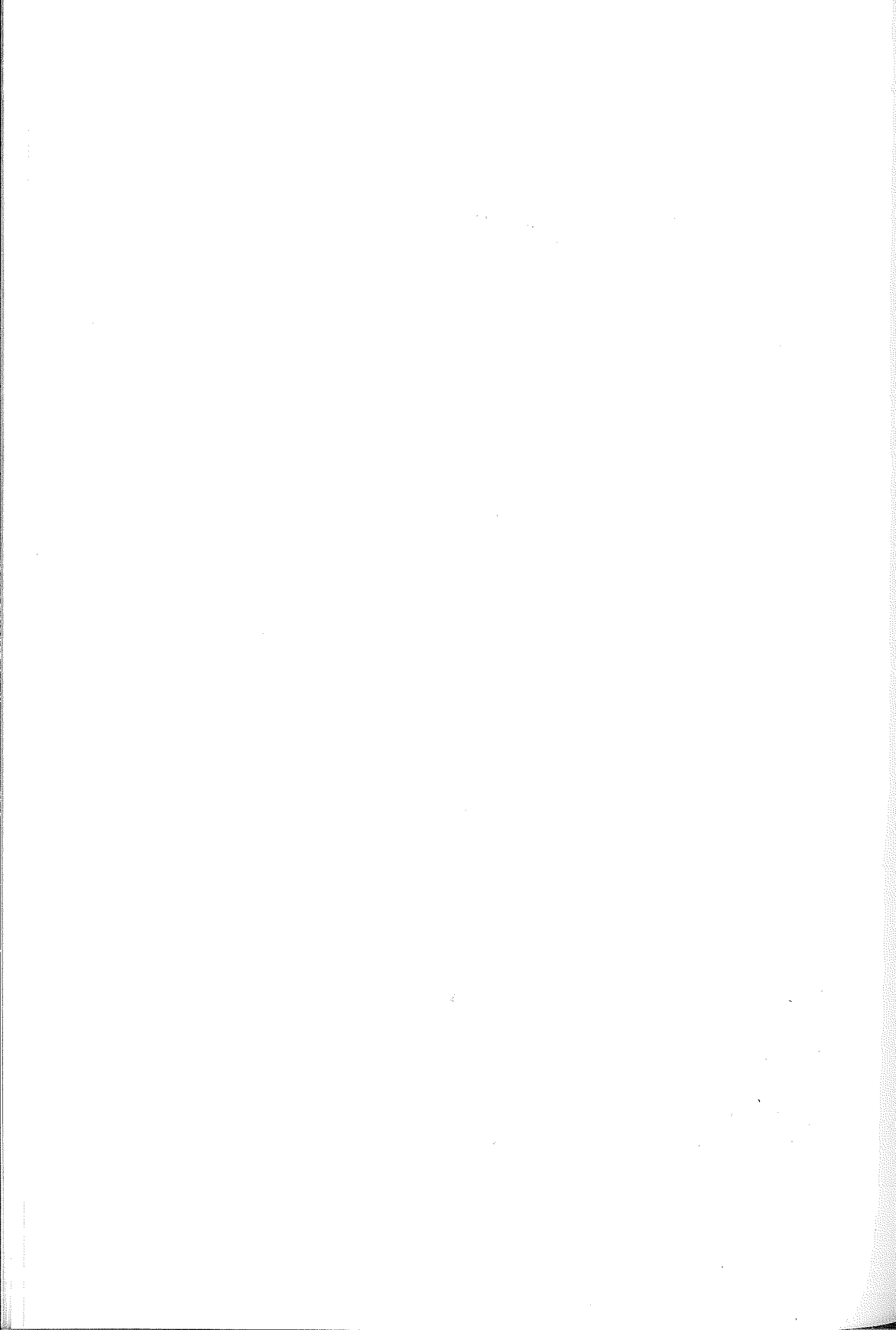
Ravid Barak, "Netanyahu to Clinton: Israel won't apologize to Turkey for Gaza flotilla raid", August 17, 2011, *Haaretz*, <http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/netanyahu-to-clinton-israel-won-t-apologize-to-turkey-for-gaza-flotilla-raid-1.379110>.

Ravid Barak and Reuters, "Turkey PM: Israel ties won't improve without apology for Gaza flotilla raid", August, 17, 2011, *Haaretz*, <http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/turkey-pm-israel-ties-won-t-improve-without-apology-for-gaza-flotilla-raid-1.379145>.

Reuters, " Hamas armed wing calls of two year truce", August 19, 2011, <http://www.reuters.com/article/2011/08/19/palestinians-israel-hamas-idUSL5E7JJ3V520110819>.

Tansi Deniz, "Weapons of Mass Destruction As Tool of International Politics", *T.C. Kilis Üniversitesi İİBF Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 76-83 pp, Kasım 2009.

USA *Sabah*, "Filistin Türkiye'nin davasıdır", 23 Temmuz 2011, <http://www.usasabah.com/Siyaset/2011/07/23/filistin-turkiyenin-davasidir>.



KARŞILAŞTIRMALI OLARAK 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU İLE 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE FAİZ UYGULAMASI
(*THE COMPARISON OF THE INTEREST SYSTEM ACCORDING TO CODE OF OBLIGATIONS NO.818 AND TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO. 6098*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE*

ÖZET

Bu makalede, faiz kavramı, 818 sayılı Borçlar kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. İlk olarak, faiz kavramı ve türleri açıklanmış; daha sonra faizin karakteristik özelliklerine değinilmiştir. Bu girişten sonra, 818 sayılı Borçlar Kanunu çerçevesinde, hem anapara hem de temerrüt faizine ilişkin temel sistem tespit edilmiştir. Sonraki bölüm ise, 01.07.2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki sisteme ayrılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Faiz, faiz oranı, 818 sayılı Borçlar Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

ABSTRACT

In this article interest is comparatively examined according to the Code of Obligations (no. 818) and the new Turkish Code of Obligations (no. 6098). The author begins by explaining the concept, types and characteristics of interest. Secondly, the author examines the basic system of interest, both capital and default, according to the Code of Obligations (no. 818). Finally, the author explores the interest system in the Turkish Code of Obligations (no. 6098), which will enter into force on 01.07.2012.

Keywords: Interest, interest rates, Code of Obligations (no. 818), Turkish Code of Obligations (no. 6098).

GİRİŞ

Bir para borcu açısından en önemli husus onun tahsil kabiliyetiye; ikinci önemli husus, bu para borcuna ilişkin olarak istenebilecek faizler, oranları ve şartlarıdır. Özellikle enflasyonist bir ortamda, paradan mahrum kalınan dönem için talep edilebilmesi mümkün olan faiz açısından, bu kuralların önemi daha büyüktür. Ülkemiz gibi ekonomisi istikrarlı olmayan ülkeler bakımından bu durum daha da önemli olmaktadır.

Ülkemizde 1926 yılında yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanununda (BK) düzenlemeye konu olmuştur. Aşağıda ilgili olduğu kadar açıklanacağı üzere, çeşitli düzenlemelere konu olarak bugünlere gelinmiştir. Temmuz 2012'de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) yürürlüğe girecektir. Kanun, bu konulara ilişkin yeni düzenlemelerle karşımıza çıkmaktadır. Sistem tümünden değişirse de, oldukça farklı kuralları getirilmektedir.

Biz bu çalışma ile, öncelikle yürürlükteki düzenlemelere dayalı olarak, faize ilişkin mevcut durumun değerlendirmesini yapacak; daha sonra da, 6098 sayılı yasa ile getirilen farklılıkların incelemesini yapmaya gayret edeceğiz.

Her iki dönem açısından öncelikle, faizin türlerine bağlı farklılıklar değerlendirilecek, kuralları ortaya konacak; sonrasında ise, konuya ilişkin yasaklar değerlendirilecektir.

I- FAİZ KAVRAMI VE TÜRLERİ A- TANIMI VE NİTELİĞİ

Doktrinde ve mahkeme kararlarında çeşitli biçimlerde tanımlanan faiz, en basit biçimiyle, paradan yoksun kalınan dönem karşılığında ödenen bir miktar paradır¹. Elbette her para borcu için faiz kavramı gündeme gelmeyecektir. Ancak kanunda ya da sözleşmede öngörüldüğü hâllerde faiz ödenmesi gerekecektir².

Yoksun kalınan dönem için ödenecek olan para, eş deyişle faiz, bazen parayı³ kullanmanın⁴ ivazı olarak ödenecek; kimi zaman da yoksun kalınan dönemin telafisi olarak ödenecektir⁵. Türleri açısından baktığımızda, bu ifade doktrinde genel kabûl gören iki tür faizi de içerir niteliktedir. Bunlarda ilki, anapara (kapital) faizi olarak adlandırılan ve bir miktar paranın bir süre boyunca kullanılması amacıyla bir kişiye verilmesi ve bunun karşılığında ivaz olarak alınan faiz türüdür. Tanımdaki belli bir zaman ödenmemesine bağlı olarak istenebilecek olan ikinci tür⁶ ise, temerrüt faizidir⁷. Aşağıda bunlara ilişkin ayrıca açıklama yapılacaktır.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: melekuyce@hotmail.com

¹ Ekonomide faiz, sermayenin geliri olarak ifade edilmektedir. EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 12, İstanbul 2010, s.939; Von TUHR, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, B.2, Ankara 1983, s.61 (Çev. Cevat Edege); FEYZİOĞLU, F.N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, B.2, İstanbul 1977, s. 59.

² OĞUZMAN, M.K. – ÖZ, T. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.8, İstanbul 2010, s.242; EREN, s. 940.

³ “Faiz çoğu zaman bir miktar paradır; fakat ödünç sözleşmesinin konusu paradan ibaret değilse, faizin, malın belirli bir payı veya bir yüzdesi şeklinde belirlenme olanağı da vardır.” TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977, s.771 (Özel).

⁴ Faiz ödenmesi için paranın kullanılmasının şart olmaması nedeniyle, bu tarifi doğru olmadığı kanaati ve bu konudaki tartışmalar için bkz. OĞUZMAN – ÖZ, s.241 (dn.180); FEYZİOĞLU, s. 60 (dn.76). “Mamaflıh, doktrinde faizin, bir miktar parayı (kapitali) kullanmanın karşılığı olduğu fikri yaygın görünüyor.” TEKİNAY, S. – AKMAN, S. – BURCUOĞLU, H. – ALTOP, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s.786 (dn.23).

⁵ “Faiz tabirinden, alacaklının hakkı taalluk eden paradan mahrum bulunması hasebile, borçlanılmış olan paranın ve borcun müddetine göre tayin edilen bir taviz ve tazminat anlaşılır.” Von TUHR, s. 61.

⁶ Doktrinde bazı yazarların, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme durumlarında ödenecek olan faiz için tazminat faizi veya zarar faizi şeklinde anapara ve temerrüt faizi dışında bir faiz türünden bahsettikleri görülmektedir. Kanımızca böyle ayrı bir faiz türü bulunmamakta; tazminat söz konusu olduğu durumlarda tazminat borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesine göre ödenecek temerrüt faizi bulunur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS, N.: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s.130 vd.

⁷ Temerrüt faizinin yasa ile öngörülmüş olması nedeniyle bu türü kanunî (yasal) faiz, anapara faizini ise sözleşmesel faiz olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır. EREN, s.940. Biz bu terminolojinin sadece faiz oranları açısından kullanılmasının daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Benzer bakış açıları için bkz. ARKAN, S. : Ticarî İşletme Hukuku, B.7, Ankara 2004, s.66-67; BARLAS, s.126. Ayrıca, “Uygulamada temerrüt faizi dışında, vade farkı (finansman masrafı) adı altında bir faize yer verildiği görülmek- YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

B- ÖZELLİKLERİ

Türlerine bağlı bazı özellikler ve kurallar bulunmakla birlikte⁸, faizin kaynağından bağımsız olarak, belli ortak özellikleri de bulunur. Bunların başında faiz alacağının fer'i nitelikte olması gelir⁹. Bilindiği üzere, fer'iliğinden bahsedilen hukukî kavramın, en basit ifadesiyle kendisine ait bir hukukî yaşamı olması mümkün değildir. Fer'isi olduğu kavramın hukukî kaderi ne ise, o da aynısıyla yüzleşir¹⁰. Faiz açısından da, asıl borç olan para borcu geçerli olarak doğmamışsa ya da sonradan geçersiz hâle gelmişse, faiz alacağı da buna bağlı olarak doğmaz veya sona erer¹¹. Bu husus 818 sayılı yürürlükteki BK m.113/f.1'de tüm fer'iler için genel bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, "Asıl borç tediye ile veya sair surette sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur". Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı TBK'nın ilgili hükmü olan m.131/1, içerik olarak değişiklik yapmamakla birlikte, faiz ve ceza koşulu ifadelerini de madde metnine taşımıştır. Buna göre, "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak¹² ve borçlar da sona ermiş olur".

Faiz fer'i nitelikte bir alacak olmasına rağmen, deyim yerindeyse mutlak fer'i¹³ nitelikte olan diğer kurumlardan da ayrılarak; bağımsız özellikler taşır¹⁴. Bu husus, doktrinde, faizin fer'i bir hak olmakla birlikte, asıl alacağın bir parçası olmadığı, sadece ona bağlı bir yan edim niteliğinde olduğu şeklinde ifade edilmektedir¹⁵. Faizin bağımsızlığına işaret eden temel madde, BK m.113/II'dir: "Evvvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya hâl icabından neşet etmiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz". Düzenlemenin zıt anlamından ortaya çıkan sonuç, asıl borç sona erdiği hâlde dahi, fer'i nitelikteki faiz alacağımızı sona erdirmeme hakkımız olduğudur. Oysa bir ipotek için, kefalet için bu söz konusu değildir. Bu husus, TBK

tedir. Bu durum, özellikle satış sözleşmelerinde alıcının satış bedelini zamanında ödememesi hâlinde, geciktirdiği her ay için belirli bir yüzde ile (örneğin % 5) olarak kararlaştırılmaktadır. Kararlaştırılan bu faizin de hukuksal niteliği tartışmalıdır." Bu konuda bkz. KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.9, Ankara 2007, s.454 (dn.40). Kanımızca, taraflarca kullanılan laflara bakılmaksızın, amacı değerlendirildiğinde, burada temerrüt faizi nitelendirilmesi yapılması daha doğrudur.

⁸ Örneğin, anapara faizine temerrüt faizi işlemesi mümkünken, temerrüt faizine faiz işlemeyiz; ama her ikisi de fer'i niteliktedir.

⁹ TEKİNAY – AKMAN – BURCUOĞLU – ALTOP, s.786.

¹⁰ "Faiz ana paranın bir parçası değildir; fakat onun bir fer'idir (BK. md.113 ve 131); bu sebeple de asıl alacağı ve onun mukadderatına bağlıdır." FEYZİOĞLU, s.61.

¹¹ Von TUHR, s.64; EREN, s. 939; . KILIÇOĞLU, s.455. "Gerçi bu prensibin istisnalarına rastlamak kabildir. Meselâ borçlu ile alacaklı, asıl borcun ibrâ edilmesini, fakat faiz borcunun bir süre daha devam etmesini kararlaştırmış olabilirler. Fakat bu türlü bir istisnâ durumlar dışında asıl borç ortadan kalkınca, faiz işlemeyiz." TEKİNAY – AKMAN – BURCUOĞLU – ALTOP, s.786.

¹² Madde metninde ve başlıkta "bağlı hak" kavramı kullanılmış; fer'i terimi kullanılmaktan kaçınılmıştır. Kanımızca hukukî bir terim olan fer'ilik, kavram olarak bağlılıkla tam olarak örtüşmemektedir. Ayrıca terminolojik açıdan bakıldığında da, yerleşmiş bir kavram olması nedeniyle fer'ilik teriminin kullanılması hâlinde ifadenin daha hukukî olacağı düşünülmektedir.

¹³ Bu hususu von TUHR, "Faiz esas alacağın mütemmim cüzü değildir, teferruatdır." Şeklinde ifade etmiştir. Von TUHR, s.66.

¹⁴ OĞUZMAN – ÖZ, s.242.

¹⁵ EREN, s.940; OĞUZMAN – ÖZ, s.242.

m.131/II'de de, bu sefer ceza koşulunu da ekleyerek, aynı şekilde korunmuştur: “İşle-
miş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar
yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu
anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir”.

Faize tanınan bu bağımsızlık özelliği nedeniyle, onun ifasının teklifinin kısmî ifa
teklifi¹⁶ olmayacağı söylenmektedir¹⁷. Örneğin, borçlu 100.000 TL anapara borcu olan
borçlu, anaparayı ödemeyi teklif etmeksizin de işlemiş olan 5.000 TL'lik anapara ya
da temerrüt faizini ödemeyi teklif ettiğinde, alacaklı kabûl etmek zorunda olacaktır.
Kabûl etmemesi hâlinde alacaklı temerrüdüne düşecektir. Elbette borçlu işlemiş faiz
5.000 TL iken, 4.000 TL getirdiğinde, faiz açısından kısmî ifa teklifi olduğundan,
alacaklı bu sefer kabûl etmek zorunda olmayacaktır.

Asıl alacakla tam bir bağlılık içinde olmaması nedeniyle, faize ilişkin alacak
hakkına dayalı yapılacak işlemlerin ayrı olarak yapılması mümkündür. Buna göre,
alacaklı asıl alacağı temlik etmeden de, faiz alacağını temlike konu edebilir; eş deyişle
faiz üzerinde asıl alaktan bağımsız bir tasarruf yetkisi bulunur¹⁸. Fakat, asıl alacağa
ilişkin bir alacağın temlik yapıldığında, BK m.168 ve TBK m.189 ile, asıl alacağa
bağlı hakların ve elbette faizin de temlik edilmiş sayılacağı kabûl edilmiştir. Ancak
borcun sona ermesinde saklı tutabilmemiz gibi, burada da yapılan tasarruf işleminin
sadece asıl alacağa ilişkin olduğu belirtilmek suretiyle, faiz üzerindeki dolaylı tasarru-
fa engel olma imkânı vardır.

Faiz alacağı asıl alaktan bağımsız işlemlere konu olabileceği gibi, bu alacağa
dayalı taleplerin yine ayrı olarak kullanılabilmesi de kabûl edilmektedir. Asıl alacağa
ilişkin dava açmadan veya icra takibi yapmadan, faize ilişkin talep haklarının kulla-
nılması da mümkündür¹⁹. Uygulamada da kabûl gördüğü üzere, alacaklının asıl alaca-
ğa ilişkin dava açmış olması, sonradan faize ilişkin ayrı bir dava açamayacağını gös-
termez²⁰.

Yine bağımsızlık özelliğine dayalı bir diğer husus da, faizin asıl alaktan ayrı
zamanaşımına tabi tutulmuş olmasıdır. BK m.126'da faiz alacaklarının
muacceliyetinden itibaren 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabûl edilmiştir. Aynı
esas TBK m.147 ile düzenlenmiştir. Buna göre, 10.02.2005'te 10 yıl sonra iade edil-
mek üzere 100.000 TL için, yıllık %15 faiz oranı ile, ödünç (karz) akdi²¹ yapıp da,
faizlerin her yılın sonunda ödenmesi kararlaştırıldığında, 2005 yılı için işlemiş olan
faiz 10.02.2006 itibariyle ödenmesi gerekir. Bugüne kadar faize ilişkin alacaklarını

¹⁶ Bilindiği üzere, BK m.68 ve TBK m.84'te düzenlenmiş olan kısmî ifaya ilişkin kural, alacaklının kısmî
ifa teklifini kabûl etmek zorunda olmamasıdır. Ancak daha önceden sözleşme ile bu kararlaştırılmış veya
borçluya bu konuda yetki verilmişse, alacağın bir kısmına ilişkin uyumsuzluk varsa, kıymetli evrak huku-
kunda olduğu gibi kanunda konuya ilişkin özel düzenleme varsa ve kısmî ifayı reddetmek hakkın kötüye
kullanılması niteliği taşır, o zaman kısmî ifa mümkün olabilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.
OĞUZMAN – ÖZ, s. 220 vd.; EREN, s.880 vd.; Von TUHR, s.472 vd.; FEYZİOĞLU, s.32 vd.

¹⁷ OĞUZMAN – ÖZ, s.242; Von TUHR, s.66; FEYZİOĞLU, s.61.

¹⁸ EREN, s.940.

¹⁹ EREN, s.940; OĞUZMAN – ÖZ, s.242.

²⁰ Temerrüt faizi konusunda aynı görüş için bkz. BARLAS, s.174.

²¹ BK ayırımında karz ve ariyet olarak geçen kullandırma akitleri, TBK'da tüketim ödünçü (m.386) ve
kullanım ödünçü (m.379) olarak adlandırılmıştır.

talep etmemiş olan alacaklı, artık 2006'da muaccel olmuş olan 15.000 TL anapara faizine ilişkin talep hakkını kullandığında, borçlunun zamanaşımı def'i ile karşılaşılabilecektir. Oysa daha aralarındaki borç ilişkisi devam etmekte, her yılın faizleri ayrı ayrı muaccel olmakta ve asıl alacağa ilişkin zamanaşımı dahi işlemeye başlamamıştır. Her ne kadar ayrı zamanaşımı işlese de, sonuç itibariyle asıl alacağa bağlılığını da dikkate alan kanun koyucu, asıl alacağın zamanaşımına uğramış olduğu hâllerde, artık faize ilişkin zamanaşımı geçmiş olmasa bile, talep hakkının kalmayacağını düzenlemiştir (BK m.131/ TBK m.152).

II- 818 SAYILI BORÇLAR KANUNUNA GÖRE FAİZ UYGULAMASI VE YASAKLAR

A- ANAPARA FAİZİNE İLİŞKİN

1- Anapara Faizi

Yukarıda da belirtildiği üzere, anapara faizi, bir miktar paranın başkasına kullandırıldığı süre boyunca, bunun karşılığı olarak alınan faizdir. Bu nedenle, hem kullandırılan para miktarı, hem de kullandırılan süre faizin hesaplanmasında etkili olur.

Bir miktar paranın kullandırılmasına bağlı olarak anapara faizi istenebilmesi için, ya hukukî işlemle ya da kanun ile, bunun öngörülmüş olması şarttır²². Aksi hâlde alacaklı, sadece muaccel olan anaparanın iadesini talep edebilir; anapara faizi isteyemez. BK m.307, "*Karzda faiz şart kılınmamış ise adi muamelelerde faiz lazım gelmez. Ticaret muamelelerinde şart edilmemiş olsa dahi faiz verilmek lazımdır.*" hükmünü getirmiştir²³. Bu nedenle, ödünç akdine konu olan anaparaya, faiz talep edildiğinde, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılacak; faiz öngörülüp öngörülmediği değerlendirilecektir. Bu yönde bir hüküm olmadığı hâlde ise, işin ticarî niteliğine bakılacaktır.

a) Oran

Anapara faizi istenebildiği kabul edildiği hâllerde, uygulanacak faiz oranı için de öncelikle sözleşmeye bakılacaktır. Taraflar sözleşme ile herhangi bir sınırlama olmaksızın bir oran belirleyebilirler²⁴. Tarafların faiz oranını serbestçe belirleyebilmeleri, bunun hiçbir denetime tabi olmadığı anlamına gelmez. Elbette, aşırı yararlanma (gabin), dürüstlük kuralına aykırılık, ekonomik kişiliği yok edecek kadar yüksek oran belirlenmiş olması halleri gibi, genel bir denetleme burada da yapılacaktır²⁵. Ancak bu denetlemeler faize özel denetleme halleri olmayıp, hukukî işlemlere özgüdür. Sözleşme ile oranın belirlendiği bu haller de, bu denetlemenin dışında tutulmayacaktır.

²² OĞUZMAN – ÖZ, s.242; TEKİNAY – AKMAN – BURCUOĞLU – ALTOP, s.790; TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, B.6, İstanbul 1976, s.95 (Genel).

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, C. – ACAR, F. – ÖZEN, B.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.8, İstanbul 2009, s.392 vd.

²⁴ Eskiden bulunan sınırlamalar için bkz. EREN, s.941; KILIÇOĞLU, s.456; TUNÇOMAĞ, Özel, s.772 vd.; BİLGE, N.: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.195 vd.

²⁵ Bu konuda bkz. EREN, s.941; ARKAN, s.71; TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, B.4, İstanbul 1989, s.305 – 306; ZEYKLİLER, A. – GÖKYAYLA, E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.11, Ankara 2010, s.297; GÜMÜŞ, M.A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler ,C.I, İstanbul 2008, s.480; KILIÇOĞLU, s.456.

Sözleşme ile bir oran kararlaştırılmamış olduğu hâllerde kanun ile öngörülen oranlar²⁶ uygulanacaktır. Bugün itibariyle anapara faizine uygulanacak oran²⁷, adı veya ticarî olmasına bakılmaksızın, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun²⁸ 1. maddesinde düzenlenmiştir²⁹. Başlığı “*Kanunî Faiz*” olan maddeye göre, “*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar arttırmaya yetkilidir.*” Madde metninde oran % 12’yse de, Bakanlar Kurulunun kullandığı belirleme yetkisi sonucunda, bugün oran % 9’dur³⁰.

b) Talep Hakkının Kullanılması

Anapara için dava açıldığında, faizin süresi ve oranı belirtilerek talepte bulunulması gerekir³¹. Yukarıda belirtildiği üzere, faizin davada talep edilmemiş olması hâlinde, ayrı bir dava ile ya da ıslah talebi ile istenmesi mümkündür³². Yeter ki, anapara borcu sona ermemiş olsun.

2- Yasaklar

Anapara faizi oranının belirlenmesi konusunda bir serbesti varsa da, bu konuya ilişkin 818 sayılı BK da bazı sınırlar getirilmiştir. Geçmişte olduğu gibi faizin belirlenmesinde bir üst sınır getirilmesi ya da işleyen faizin anaparayı geçemeyeceği gibi kurallar bulunmaz³³. Ancak iki hususa ilişkin anapara faizi için sınırlar konulmuştur.

Bu sınırlardan ilki, anapara faizine ilişkin işleyecek olan temerrüt faizinin zamanıdır. BK m.104 uyarınca, anapara faizinin ödenmesinde temerrüde düşüldüğünde,

²⁶ ARPACI, BK m.308/I’de yer alan, “*Karzda faiz miktarı tayin edilmemiş ise, asıl olan karzın alındığı zaman ve mekanda o nevi karzlarda adet olan faiz miktarıdır*” kuralına ilişkin, “*Acaba, ... 3095 sayılı Kanunun, ... mad. 5/II hükmü karşısında, BK. 308/I’in hâlâ uygulanabileceğini söylemek mümkün müdür? Bize kalırsa, sorunun cevabı olumsuz olmalıdır. Zira, nihayet BK. 308/I hükmü de, doğrudan doğruya olmasa bile, dolaylı yoldan faiz oranını belirleyen bir hükümdür ve bu sebeple de 3095 sayılı Kanun, mad. 5/II hükmünün etkisi altındadır.*” demektedir. HATEMİ, H. – SEROZAN, R. – ARPACI, A.: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.286. Aksi yönde görüş için bkz. YAVUZ – ACAR – ÖZEN, s.393.*

²⁷ Eski yıllardaki oranlar için bkz. YAVUZ – ACAR – ÖZEN, s.394.

²⁸ Resmî Gazete, T:19.12.1984, S:18610.

²⁹ Faiz oranlarının Türkiye’de geçirdiği evreler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, s.71 vd.; BARLAS, s.141 vd.; YAVUZ – ACAR – ÖZEN, s.393 (dn.14b); KILIÇOĞLU, s.456 vd.; ZEVKLİLER – GÖKYAYLA, s.298 vd.

³⁰ Kanun ile takip edilemeyen bu yönü nedeniyle, hem anapara faizi hem de temerrüt faizi açısından talepler kullanılmadan önce, oranların kontrol edilmesinde yarar vardır.

³¹ OĞUZMAN – ÖZ, s.243.

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay kararları için bkz. TEKİNAY – AKMAN – BURCUOĞLU – ALTOP, s.787 (özellikle dn.24b).

³³ Murabaha Nizamnamesi döneminde bulunan tartışmalar için bkz. FEYZİOĞLU, s.63 vd.; EREN, s.942 (dn.292); TANDOĞAN, s.303 vd.; TEKİNAY – AKMAN – BURCUOĞLU – ALTOP, s.791 vd.; HATEMİ – SEROZAN – ARPACI, s.286; KILIÇOĞLU, s.461; TUNÇOMAĞ, Genel, s.100 vd.; TUNÇOMAĞ, Özel, s.773 vd.; BİLGE, s.195 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

diğer para borçlarında olduğu gibi, kendiliğinden temerrüt faizi işlemeye başlamaz³⁴. Anapara faizinde sadece gecikilmiş olmasa, temerrüde düşülmüş olsa da dava açılmış veya icra takibi yapılmış olmadıkça temerrüt faizi işlemeyiz. Örneğin, 02.03.2010'da bir yıllığına % 20 faiz oranı ile ödünç akdi yapılmış olsun. Borçlu 02.03.2011 mesaf bitimi itibariyle (100.000 anapara + 20.000 anapara faizi olmak üzere) toplamda, 120.000 TL ödemek zorundadır. Belirli vade olmasına bağlı olarak, BK m.101/II uyarınca, ihtarsız olarak borçlu temerrüdüne düşer. Her ne kadar borçlu, temerrüde düştüğü günün ertesi gününden başlayacak olan temerrüt faizini, kanun gereği ödemek zorundaysa da, bu kural sadece 100.000 TL anapara borcu için geçerli olur. 100.000 TL anapara borcuna 02.03.2011'den itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar. Bununla birlikte, aynı gün ödenmesi öngörülen ve yine belirli vadeye bağlandığı için ihtarsız temerrüdü düşülmüş olan 20.000 TL anapara faizine temerrüt faizi o anda işlemeye başlamaz. Bize 24.05.2011'de geldiği varsayımında, 100.000 TL'ye (29 gün Marttan + 30 gün Nisandan + 24 gün Mayıstan olmak üzere) toplam 83 gün üzerinden temerrüt faizi hesaplanacaktır. Ancak 20.000 TL anapara faizine o zamana kadar temerrüt faizi işlemeyiz. Ne zaman alacağı ilişkin icra takibi başlatılır veya dava açılır; o andan itibaren artık 20.000 TL'ye de temerrüt faizi işlemeye başlar.

Anapara faizi ile ilgili asıl sınır, bileşik faiz yasağı ile getirilmiştir³⁵. BK m.308/III'te düzenlenen bu konuya ilişkin yasak şu şekildedir: “Faizin, anaparaya zammedilerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi evvelden mukavele edilmiş olsa bile, batıldır.” Aynı hususu teyit eden bir diğer düzenleme, 3095 sayılı kanunun “mürekkep faiz” başlıklı 3. maddesidir. “Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez. Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.” diyen madde metnindeki ikinci fıkraya ile, Ticaret Kanununda (TK) yer alan düzenlemelerin saklı olduğuna dikkat çekilmiştir.

Ticaret Kanununda yer alan istisnalara değinilecek olmakla birlikte, öncelikle bileşik faiz yasağının ne olduğunu, kısaca açıklamakta fayda görmekteyiz. Uygulamada yanlış olarak, “faize faiz yasağı” olarak adlandırılan bileşik faiz yasağı, işlemiş olan anapara faizinin, belli aralıklarla tekrar anaparaya eklenerek, yeni oluşan anapara üzerinden tekrar anapara faizi işletilmesidir. Yoksa anapara faizine, yukarıda açıklandığı üzere, temerrüt faizi işletilmesi mümkündür. Bu yasağı örneklemek gerekirse: 24.12.2008'de 100.000 TL'yi üç yıllığına kullanmak üzere, yıllık % 20 oranı üzerinden aldık. Her yıl için 20.000 TL anapara faizi işler. Kural olarak biz, üç yılın sonunda 100.000 anapara ve 60.000 anapara faizi olmak üzere, 160.000 TL ödemekle yükümlü oluruz. Faizlerin ne zaman ödeneceği kararlaştırılmadığında, BK m.308/II uyarınca her yılın sonunda ödenmesi gerektiği unutulmamalıdır³⁶. Bu örnekte, borçlunun faizleri de üçüncü yılın sonunda ödeyeceği kararlaştırıldığı kabul edilmiştir. Normalde 160.000 TL ödemesi gereken borçluya, bileşik faiz uyguladığımızda, ödeyeceği rakam farklılaşmaktadır. Bu hâlde, her yılın sonunda muaccel hâle gelen faiz ile bileşik faiz uygulaması yaptığımızda, 24.12.2009'da muaccel hâle gelen 20.000 TL'yi tekrar ana-

³⁴ Bu bağlamda “faize faiz işlemeyiz” söylemi, mutlak olarak doğru değildir.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, s.314 vd.; KILIÇOĞLU, s.461 vd.

³⁶ “Prensip itibariyle, bunlar (post numerando) yani faiz devresinin sonunda ödenirler.” Von TUHR, s.63.

para olan 100.000 TL ekleriz. Artık ikinci yıl, % 20 üzerinden faiz uygulanacak anapara miktarı, 120.000 TL olur. Buna göre, 24.12.2010'da işleyen anapara faizi artık 24.000 TL'dir. Bunu da tekrar anaparaya eklediğimizde, üçüncü yılın anapara miktarı 144.000 TL olur. 24.12.2011'de işleyen faiz, 28.800 TL'dir. Artık 24.12.2011'de borçlunun ödemesi gereken rakam 172.800 TL olmuştur. Normal faiz uygulaması ile, yıllık bileşik faiz uygulaması arasındaki fark, 12.800 TL'dir. Bu farklılığın, anapara miktarının büyüklüğüne ve bileşik faiz uygulanacak zaman aralığının darlığına bağlı olarak, daha da artacağı açıktır. İşte kanun koyucu bu hususta borçluyu korumak istemiş ve bileşik faiz yasağını getirmiştir.

Ancak madde metninden de anlaşılacağı üzere, adî işler açısından bu kural mutlakken, ticarî işlerin farklı özelliklere sahip olması ve orada paradan mahrum kalmanın daha ağır sonuçları olabileceği düşünüldüğünden, TK ile buna istisna getirilebileceği de kabul edilmiştir³⁷. Konuyu düzenleyen TK m.8/II şöyledir: “Üç aydan aşağı olmak üzere faizden ana paraya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla borçlu bakımından ticarî iş mahiyetini haiz olan karz akıtlarında muteberdir.” Buna göre, iki hâlde alacaklının, verdiği anaparaya, bileşik faiz uygulaması yapması mümkün olur.

Bunlardan ilki, carî hesap söz konusu olduğundadır. Bilindiği üzere, carî hesap, “iki 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 sonra çıkarılacak bakiyeyi isteyebileceklerine ilişkin sözleşme”dir³⁸. Örneğin, bir müteahhit inşaat malzemelerini sürekli aynı satıcıdan alıyor; aynı zamanda müteahhitlik yapan satıcı alt eser sözleşmeleri ile müteahhidi taşeron olarak çalıştırıyor. Taraflar sürekli farklı borç ilişkilerinden dolayı birbirlerine hem alacaklı hem de borçlu oluyorlar. Bu yüzden, aralarında sürekli para alışverişi yapmaktansa, belli dönemlerde tek bir rakam haline getirerek ifalarını gerçekleştirmeyi kabul ediyorlar. İşte bu durumda aralarındaki bu ilişkiye carî hesap ilişkisi deniyor. Taraflar arasında bu ilişki varsa ve bunun yanında sözleşme ile, bu ilişki-deki alacaklara bileşik faiz uygulanacağı konusunda anlaşılmiş ise, o zaman bileşik faiz uygulanması mümkün oluyor. Ancak bu anlaşma olsa bile, süre açısından da bir alt sınır getirilerek üç aydan az bir dönem için bunu kararlaştıramıyorlar. Örneğin, müteahhit ile inşaat malzemeleri satıcısı, bir aylık dönemler için bunu öngördüklerinde, bu ancak üç aylık dönem için geçerli olabiliyor. Ama hükmün nisbî emrediciliği dolayısıyla, taraflar altı aylık dönemlerle bileşik faiz uygulamak istediklerinde, kanunun öngördüğü korumadan daha fazlası gerçekleştiğinden, bu geçerli olabiliyor.

TK m.8/II ile getirilen ikinci istisna ise, borçlu açısından işin ticarî nitelik taşıması hâlidir. Buna göre, borçlu kişisel ihtiyaçları için ödünç aldığı anda, rakamdan bağımsız olarak bileşik faiz yasağı mutlak biçimde kabul edilirken, borçlu işyerini genişletmek, işyeri ile ilgili ödemelerini yapmak gibi, ticarî yaşamını sürdürebilmek için ödünç aldığı anda, bileşik faiz uygulanabiliyor. Ancak burada da, bu konuda anlaşma olması ve en az üç aylık dönemler için kararlaştırılması aranır.

³⁷ EREN, s.942.

³⁸ ARKAN, s.343.

B- TEMERRÜT FAİZİNE İLİŞKİN

1- Temerrüt Faizi

Borçlu olduğu bir miktar parayı ödemede temerrüde düşen borçlu, kanunda öngörül-
müş olan temerrüt faizini³⁹ ödemekle yükümlü olur⁴⁰. Temerrüdün devam ettiği süre
boyunca ödenmesi gereken temerrüt faizi, alacaklının zararı olmasa da, borçlunun
temerrüde düşmede kusuru bulunmasa⁴¹ da ödenir⁴². Borçlunun ifasını yapamadığı bu
dönem içinde parayı kullanmış olması, ondan yarar sağlamış olması gibi hususların da
önemi bulunmaz⁴³. Her ne kadar zararın aranmıyor oluşu nedeniyle⁴⁴, niteliği konu-
sunda tartışmalar bulunmaktaysa da, kanaatimizce temerrüt faizi, ağırlıktaki görüşün
kabül ettiği üzere, bir tazminat niteliği taşır⁴⁵.

Taraflar arasındaki sözleşmede, temerrüt faizi istenebileceği belirtilmemiş olsa
da, kanunda öngörülmüş olduğundan faiz talep edebilir. Bu noktada, anapara faizinden
farklı olarak, temerrüde düşülen para borcunun adı işe dayalı mı, yoksa ticarî işe daya-
lı olarak mı doğduğunun da önemi bulunmaz. Benzer şekilde, para borcunun kaynağı
bir sözleşme olmasa bile, eş deyişle sebepsiz zenginleşme, haksız fiil veya vekâletsiz
işgörme gibi sözleşme dışı kaynaklardan doğmuş olsa bile, borçlunun temerrüdüne
dayalı olarak temerrüt faizi ödenmek zorundadır⁴⁶.

a) Oran

Taraflar, nasıl ki anapara faizi oranını kararlaştırmakta serbesttirler; temerrüt faizi
oranını da aynı şekilde kararlaştırabilirler. Bu nedenle, para borçlusunun temerrüdüne
dayalı olarak talep hakkının kullanılmasından önce, sözleşme ile bir oran öngörülüp
öngörülmediğinin kontrol edilmesi gerekir. Sözleşme ile bir oran belirlendiğinde bu
oranın uygulanacağı açıktır. Sözleşme ile anapara faizi için bir oran öngörülmüş, fakat
temerrüt faizi için bir oran öngörülmemiş olabilir. Bu durumda da, kontrol edilmesi
gerekten husus hangi oranın daha yüksek olduğudur. 3095 sayılı yasanın 2. maddesinin
son fıkrasında bu konu düzenlenmiştir. Buna göre, “*Temerrüt faizi miktarının sözleş-
mede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda ön-
görülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz.*”. Eş
deyişle, taraflar sözleşmede anapara faizi olarak % 20 belirlediklerinde, bugün adı

³⁹ “*Temerrüt faizi (verzugszins), tarafların anlaşmalarına gerek olmadan doğrudan doğruya kanundan
doğar. Kaynağı ister tek taraflı ister çok taraflı hukukî işlem, ister haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme
olsun, temerrüt faizi yalnız para borçlarında uygulanır.*” EREN, s.1055.

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS, s.124 vd.; BAYGIN, C.: Yabancı Para Üzerinden Borç-
lanmalar ve Hukukî Sonuçları, İstanbul 1997, s.84 vd.

⁴¹ “*Para borçlarında temerrüt faizinin borçlunun kusuruna bağlı olmaması, bir kusursuz sorumluluk hâli
teşkil eder.*” EREN, s.1056.

⁴² BARLAS, s.133-134; OĞUZMAN - ÖZ, s.391; EREN, s.1056; BAYGIN, s.121.

⁴³ BARLAS, s.124.

⁴⁴ “*Kanun koyucu para borçlarında temerrüt faizi yönünden aksi ispat edilemez (çürütülemez) bir karine-
den hareket etmiştir. buna göre borçlunun temerrüdü alacaklıya zarar vermiştir ve bunun ispatına gerek
yoktur. Böylece temerrüt faizi, aksinin ispatına izin verilmeyen zarar karinesine dayalı, alacaklı lehine
konmuş bir tazminattır.*” EREN, s.1056.

⁴⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz. BARLAS, s.133 vd.

⁴⁶ Bu konuda tazminat faizi nitelendirmesi ve eleştirisi için bkz. BARLAS, s.130 vd.

işlerde uygulanacak olan, % 9 oranından bu oran fazla olduğundan, artık temerrüde konu olan para borcuna, anapara faiz oranı olan % 20 uygulanır. Ancak sözleşmede anapara için % 8 oranında faiz isteneceği kararlaştırılmış olduğunda, bu oran % 9'dan küçük olduğundan, temerrüt faizine kanunda öngörülen oran uygulanır.

Sözleşme ile bir oran kararlaştırılmamış ya da para borcunun kaynağı bir sözleşme olmadığında, kanunda para borçlusunun temerrüdü hâli için öngörülmüş olan oranlar devreye girecektir⁴⁷. Konuyu düzenleyen 3095 sayılı yasanın 2. maddesidir. Bu madde, temerrüt faizi oranı konusunda anapara faizini düzenleyen ilk maddeye, “*Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.*” demek suretiyle atıf yapmaktadır. Buna göre, bir para borcunda temerrüde düşen borçlusundan parasını isteyen alacaklı, kanun ile öngörülmüş oran olan (bugün itibarıyla) % 9 üzerinden temerrüt faizi işletilmesini talep edebilir⁴⁸.

Kanun koyucu maddenin bu fıkrası ile para borcunun kaynağının, adı veya ticarî olmasını dikkate almıyormuş gibi gözükse de, ikinci fıkra ile ticarî işe dayalı olarak⁴⁹ bir para borcu söz konusu ise, alacaklının talep etmesine bağlı olarak, ekstra bir imkân sağlamaktadır. Konuyu düzenleyen ikinci fıkra şu şekildedir: “*Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticarî işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.*”. Taraflar arasındaki iş ticarî iş olsa bile, eğer alacaklı tarafından açıkça ikinci fıkranın uygulanması talep edilmezse⁵⁰, hâkim kendiliğinden ticarî işlerde uygulanan oranı uygulayamaz⁵¹.

⁴⁷ Bu konuda Türkiye'deki değişiklikler için bkz. **BARLAS**, s.147 vd.; **OĞUZMAN – ÖZ**, s.243 vd.; **TANDOĞAN**, s.300.

⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN – ÖZ**, s.392 vd.

⁴⁹ “*Ticarî işin mutlaka bir sözleşmeden doğmuş olması gerekmez, yerine göre bir haksız fiil de, ticarî iş niteliğinde olabilir (TTK m.3). haksız fiil dolayısıyla ödenecek temerrüt faizinin, avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden hesaplanmasının uygun olup olmayacağına kuşkuya düşülebilir. Örneğin esnaf işletmesine ait bir kamyonun, tacir konumundaki bir kişinin işyerine çarparak zarar vermesi hâlinde hükümlenen tazminatı geç ödeyen esnaftan talep edilecek temerrüt faizini, bu oran üzerinden hesaplamak isabetli olur mu? Bu hâlde temerrüt faizinin kısa vadeli avanslar için uygulanan oranı üzerinden hesaplanması, TTK 21/II'de yer alan ve bir taraf için ticarî sayılan iş, sözleşmeden kaynaklanıyorsa, diğer taraf için de ticarî sayılır yolundaki hükmün bir anlamı kalmamasına neden olacaktır. Dolayısıyla ödenmesi gereken temerrüt faizi, 3095 sayılı Kanun'un 2/1. maddesine göre hesaplanmalıdır. (dn.2: Ancak haksız fiilin, gerek mağdur, gerek fail bakımından ticarî iş niteliğinde olduğu haller ile TTK'da düzenlenen haksız fiil türlerinde – haksız rekabet, çatma – herhangi bir duraksamaya yer yoktur. Bu gibi hâllerde temerrüt faizi, avans oranı üzerinden istenebilir.)*” **ARKAN**, s.75 – 76.

⁵⁰ Dava dilekçelerinde hâlâ, eski dönemlerde ticarî işlerde uygulanan reeskont oranı üzerinden faiz talep edildiği görülmektedir. Bu konuda bkz. **ARKAN**, s.69. 3095 öncesi ticarî işler için reeskont oranı uygulanmışken, 3095 sonrası 1999 yılında yapılan değişikliğe kadar adı işler için reeskont oranı uygulanagelmiştir. Artık kanunî olarak reeskont oranı bulunmazken, dava dilekçelerinde bu ifadeye rastlıyor olmak, mesleğimiz açısından oldukça üzücüdür. Kanımızca bu durumlarda, hâkimin bunları 3095 sayılı yasa uyarınca avans oranı açısından “açık talep” olarak kabul etmemesi gerekir. Daha düşük faiz **YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)**

Böyle bir durumda hâkim, talep yokluğuna bağlı olarak, adî işlerde uygulanan faiz oranını uygulamak durumundadır; çünkü daha yüksek oranda olan diğer oranı uygulanması ancak taleple mümkündür. Bu konuya ilişkin olarak adî iş, ticarî iş ayrımını yapmak onun görevinin gereği değildir. Ekstra imkânı kullanmak, tamamen alacaklının kendisine aittir.

Para borçlarının ifası konulu eserinde bu maddeyi değerlendiren Barlas, eserin yazıldığı dönemde (adî işlerde % 30; ticarî işlerde reeskont oranı uygulanmaktayken), konuya ilişkin hususları şu şekilde açıklamıştır: “Üçüncü şart⁵², alacaklının bu konuda talepte bulunmasıdır. Kanun temerrüt faizinin reeskont (o zamanki düzenleme!) oranı üzerinden kendiliğinden yürümesini arzu etmemiş, bunu alacaklının tercihine bırakmıştır. Alacaklı kendisine tanınan bu imkandan yararlanmak istiyorsa, reeskont oranında temerrüt faizi talep ettiğini kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde açıkça belirtmelidir. Talep şartının ne zaman yerine getirilmiş sayılacağına gelince: Talepte reeskont kelimesi kullanılmamakla beraber, doğrudan doğruya o anda geçerli bulunan reeskont faizi oranına yer verilmişse veya 3095 s.K.md.2/f.III’e açık atıf yapılarak bu hükümde öngörülen oran üzerinden faiz istendiği belirtilmişse talep şartının gerçekleştiği kabul edilebilir.”⁵³

Bu maddede dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de, uygulanacak faiz oranına ilişkin getirilen, zamana dayalı ölçüttür. Kanun koyucu, 31 Aralık ile 30 Haziran günlerini dikkate alarak, bir uygulama getirmiştir. Örneğin, 10.02.2011’de ticarî bir işe dayalı olarak para borcu için icra takibi başlattık, burada uygulanacak olan 31.12.2010’da mevcut olan avans oranıdır. Örneğimiz açısından bu oranın % 20 olduğunu kabul edelim. Bu parayı temmuz ayına geldiğimizde hâlâ tahsil edemediğimizde, eş deyişle borçlunun temerrüdü hâlâ devam ettiğinde, bakmamız gereken 30.06.2011 itibariyle avans oranının değişip değişmediği; değiştiyse de değişmenin 31.12.2010’daki oranlar arasındaki farkın ne olduğudur. 24.07.2011 itibariyle avans oranı % 20’den aşağıya düşmüş; biz borçlumuzun anaparasına uyguladığımız % 20 oranında bir değişiklik yapmayı, hâlâ % 20 üzerinden temerrüt faizi talep etmeyi sürdürürüz. 24.07.2011’deki oran % 22 olmuş; yine bir değişiklik yapamayız, % 20 üzerinden temerrüt faizi hesaplamaya devam ederiz. Ne zaman ki, 24.07.2011’de avans oranı % 25 veya daha fazla olmuşsa, o zaman o oran üzerinden faiz talep edebiliriz. Uygulamada bu hususa çok dikkat edilmeksizin faiz hesabı yapılmasına, oldukça sık rastlanmaktadır.

Yabancı para borçları açısından ise, 3095 sayılı kanun, m.4/a ile, o yabancı para için devlet bankalarında uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanmasını kabul etmiştir⁵⁴. Yabancı para borcu konusunda, adî iş, ticarî iş ayrımı yapılmamıştır.

Kat mülkiyeti kanunu, İş kanunu gibi çeşitli özel kanunlarda yer alan düzenlemeler olduğu takdirde, özel hükümlerin uygulanacağı açıktır⁵⁵.

oranının uygulanması sonucu yaratıldığı bu durumlarda, buna bir vekil sebep olmuşsa, müvekkili vekilin özen borcuna aykırılığına dayalı olarak, aradaki faiz farkını ondan talep edebilmelidir.

⁵¹ OĞUZMAN – ÖZ, s.393; GÜMÜŞ, s.481.

⁵² İlk iki şart, işin ticarî nitelikte olması ile avans oranının adî işler için uygulanan orandan daha yüksek olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BARLAS**, s.134 vd.

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BARLAS**, s.154 vd.

⁵⁴ Yabancı para borcu konusunda bkz. **BAYGIN**, s.122 vd. Ayrıca, **OĞUZMAN – ÖZ**, s.393 vd.

b) İşlemeye Başladığı An

Kanunda faizin işlemeye başladığı an düzenlenmediğinden, bu konunun değerlendirilmesi gerekir⁵⁶. Öncelikle hatırlanması gereken, borçlunun sırf gecikmesi hâlinde temerrüt faizinin işlemeye başlamayacağıdır; faizin işlemeye başlaması için temerrütün oluşumu şarttır. Bilindiği üzere, temerrüt ihtarla oluştuğunda ihtarın vardığı günün mesai bitimi itibariyle; ihtarsız oluştuğu durumlarda belirlenmiş olan günün mesai bitimi itibariyle oluşur. Bundan çıkan sonuç ise şudur: Borçlu söz konusu günlerde mesai bitimine kadar temerrütte olmadığından, temerrüt faizinin de işlemeye başlaması mümkün değildir. Aynı kazadan sorumlulukta olduğu gibi⁵⁷, ancak temerrütün oluşumundan sonra gündeme gelir⁵⁸. Temerrüt faizinin, matematiksel hesabının günlük yapıldığı da dikkate alındığında, gün hesabının ertesi günden başlaması gerektiği açıktır⁵⁹.

Bu konuda BK'da hüküm bulunmamakla birlikte, TK'da ticarî işlerde temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı an düzenlenmiştir. "*Faizin Başlangıcı*" başlıklı 10. maddede, "*Aksine mukavele yoksa, ticari bir borcun faizi, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlar.*" denmektedir. Bu düzenlemenin lafz olarak, yukarıda varılan sonuçlardan farklıymış gibi gözükmesine rağmen, aynı yorumlanması gerektiği doktrinde haklı olarak belirtilmektedir⁶⁰. Borçlunun henüz temerrütü oluşmadan, temerrütün sonuçlarından sorumlu tutulması mümkün

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS, s.165; OĞUZMAN – ÖZ, s.395.

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS, s.174 vd.

⁵⁷ Örneğin, sahip olduğumuz otomobili satım sözleşmesine konu yapmış, ancak o sırada tatile çıkacağı-mız için 16.08.1999 pazartesi günü teslim edilmek üzere anlaşmış olalım. Pazar günü geç bir saatte geldiğimiz ve ertesi gün de çok yorgun olduğumuz için otomobili teslim etmediğimiz bir ihtimalde, gece 03.00'da meydana gelen deprem nedeniyle otomobil kusura dayalı olmaksızın objektif olarak imkânsızlaşsa bile sorumlu oluruz. Ama aynı olay, pazartesi öğlen 3 civarında olsa, BK m.117 uyarınca kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Çünkü, ifa açısından mesai bitimine kadar vaktimiz olup, henüz öğlenken, aksi sözleşme ile kararlaştırılmış olmadıkça, temerrüde düşmemiz mümkün değildir.

⁵⁸ "*Kanun geçmiş günler faizinin (temerrüt faizinin) hangi günden itibaren hesaplanacağını tasrih etmemektedir. Eğer temerrüt ifa için tayin olunan bir müddet veya günün hitamı ile husule gelmiş ise, m.102 II/ 101 II, geçmiş günler faizi (temerrüt faizi) ertesi günden işlemeye başlar. İhtar hâlinde temerrüt faizini ihtarın borçluya vusulünü takip eden günden itibaren işletmek fikrimce 77/76. maddenin 1. bendi ruhuna uygundur. Buna mukabil 105 I/104 I. maddeye göre, geçmiş günler faizi (temerrüt faizi) ancak icra veya mahkemeye müracaat gününden itibaren işler. Kanaatimce bu kaide sadece saraheten 105 I/104 I. maddede zikredilen alacaklara değil, temerrütün icra veya mahkemeye müracaat suretiyle husule geldiği diğer bütün hâllere de tatbik olunmak lazım gelir.*" Von TUHR, s.617 (dn.23).

⁵⁹ Aynı sonuç için bkz. BARLAS, s.172. Bu konuyu yazar şu şekilde örneklendirmektedir: "*Ödeme günü taraflarca kararlaştırılmışsa veya verilen yetkiye dayanılarak bir muacceliyet ihbarı ile belirlenmişse temerrüt ihtar şartından bağımsız olarak ödeme gününün dolması ile gerçekleşeceğinden, temerrüt faizi de bu günü izleyen günden itibaren hesaplanmalıdır. Temerrütün ihtarla gerek kalmaksızın meydana geldiği diğer hâllerde de kural olarak muacceliyet tarihini izleyen gün faizin başlangıcını esas almaktadır. Temerrütün ihtarla bağlı olarak gerçekleştiği hâllerde ise temerrüt faizi ihtarla ödeme için bir süre verilirse bu sürenin son gününü takip eden günden, böyle bir süre tanıması sözkonusu değilse ihtarın borçluya ulaştığı (noterlik kanalıyla gönderilen ihtarnamele bakımından, ihtarnamenin tebliğ edildiği) günü izleyen günden itibaren işlemeye başlar.*" BARLAS, s.173.

⁶⁰ BARLAS, s.173.

olmadığından, bu kanun maddesinin doktrinde savunulduğu şekliyle yorumlanması gerektiği bizim de düşüncemizdir⁶¹.

c) Talep Hakkının Kullanılması

Anapara faizi için de belirtildiği üzere, talep olmaksızın faize ilişkin karar verilmesi mümkün olmadığından, faiz için ayrı talepte bulunmak gerekir⁶². Bu hâlde, asıl alacağın talep edildiği davada veya icrada, temerrüt faizi talep edilmediyse, ayrı bir dava ile istenmesinde herhangi bir sorun yoktur⁶³. Asıl borç sona ermedikçe de, ayrı talepte bulunmak için saklı tutmuş olması da gerekmez⁶⁴.

Asıl alacağın talep edildiği dilekçe ile, süre belirtilmeksizin, temerrüt faizi işlenmesi istendiğinde, bu dilekçenin tarihini dikkate alarak faiz hesabı yapılmaktadır⁶⁵. Çünkü, temerrütün hangi anda oluştuğunu belirtmeden ve buna bağlı sonuçları talep etmeden, hâkimin bu yönde karar vermesi mümkün değildir. Örneğin, 22.04.2011'de ödenmesi gereken 100.000 TL ödenmemiş olsun ve alacaklı 10.08.2011'de alacağına ilişkin dava açmış olsun. Dava dilekçesinde, sadece "100.000 TL alacağımı, temerrüt faizi ile birlikte istiyorum" beyanı yer aldığına, hâkimin yapacağı hesap 10.08.2011'den başlatılacaktır. Oysa borçlu 22.04.2011 mesaf bitimi itibariyle temerrüde düşmüş ve ertesi gün olan 23.04.2011'den itibaren kanun gereği işlemeye başlayan temerrüt faizini ödemekle yükümlü olmuştur. Fakat daha sonradan, ara dönem için ayrı talepte bulunulabileceği unutulmamalıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, temerrüt faizine ilişkin talepte hangi tarihten itibaren⁶⁶ işletildiği⁶⁷, hangi orandan istendiği, ticarî iş olması hâlinde avans oranı üzerinden işletilmesinin istendiği açıkça belirtilmelidir.

2- Yasaklar

Taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilecek olan temerrüt faizi için, genel çerçevede, getirilmiş olan tek yasaklama, ona herhangi bir faiz yürütülmesinin mümkün olmamasıdır. Temerrüt faizine temerrüt faizi işlemeyiz. Bu husus, BK m.104/III ile yasaklanmıştır: "Geçmiş günler faizinin tediyesinde temerrüt sebebi ile faiz yürütülemez."

⁶¹ Yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Ticaret Kanununun (TTK) ilgili maddesinde de, düzenleme aynı yönde olsa da, bu şekilde yorum yapılmaya devam edilmelidir.

⁶² BARLAS, s.181; OĞUZMAN - ÖZ, s.396; EREN, s.1058; BAYGIN, s.129.

⁶³ OĞUZMAN - ÖZ, s. 397; BARLAS, s.181.

⁶⁴ OĞUZMAN - ÖZ, s.397; BARLAS, s.181; EREN, s.1056.

⁶⁵ BARLAS, s.185; BAYGIN, s.129.

⁶⁶ Bu hususun belirtilmesi zorunluluğunun dayanağı olarak İcra İflas Kanunu m.58/III gösterilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN - ÖZ, s.397. Madde metni 2003 değişikliği ile şu hâle gelmiştir: "3. (Değişik bend: 17/07/2003 - 4949 S.K./12. md.) Alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi".

⁶⁷ Bu bağlamda, Yargıtay'ın bazı kararlarında, uzun süre beklenildikten sonra talep hakkının kullanıldığı durumlarda, BK m.44'teki birlikte kusur ile zararın artmasına sebep olduğu gerekçe gösterilerek, faizde indirimle gidildiğine rastlanmaktadır. Faiz açısından, zararın artmasına sebep olmak gibi bir durumdan bahsedilemeyeceğinden bu kararlara katılmak mümkün değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS, s.170.

Hükümün emredici niteliği nedeniyle, aksine anlaşmalar da kesin hükümsüz olur⁶⁸. TTK kapsamında dahi, bu yasak geçerlidir⁶⁹.

Özel kanun niteliğindeki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (TKHK), tüketicinin korunmasını hedeflemesi nedeniyle temerrüt faizine belli sınırlar getirilmiştir. Taksitli satımda (m.6/A b.d), tüketici kredisinde (m.10 b.f), kredi kartı sözleşmesinde (m.10/A) ve konut finansmanı sözleşmelerinde (m.10/B), temerrüt faizi oranının, anapara faizi oranının % 30 fazlasını geçmemek üzere belirlenmesi zorunlu tutulmuştur. Buna göre, bir tüketici kredisine konu 10.000 TL için, anapara faizi % 12 belirlendiğinde, bu para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde, sözleşme ile en fazla, % 16 faiz oranı belirlenebilecektir. Nisbî emredici hüküm olması dolayısıyla, altında bir oran belirlenmesinde herhangi bir sakınca yokken, % 16'nın üstünde belirlenen oranlar hüküm ifade etmeyecektir. Ancak kanımızca, bu tarz bir belirleme hâlinde işlemi tamamen geçersiz saymak yerine, irade beyanını ayakta tutacak şekilde, olabilecek en yüksek oran olan % 16 üzerinden hesap yapılması yerinde olacaktır⁷⁰.

III- 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE FAİZ UYGULAMASI VE YASAKLAR

A- ANAPARA FAİZİNE İLİŞKİN

1- Anapara Faizi

Anapara faizi açısından TBK incelendiğinde, ilk karşımıza çıkan BK m.307'ye denk düşen, TBK m.387'dir. Buna göre, "*Ticari olmayan tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez. Ticari tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir*". Bir miktar paranın ödünç verilmesi hâlinde, anapara faizi kararlaştırılmamışsa, faiz istenip istenemeyeceği sorunu 818 sayılı yasa ile aynı yönde çözülmüş; madde aynen korunmuştur. TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da, arkadaşımızdan düğün masraflarımız için aldığımız ve alırken nasıl iade edileceğini konuşmadığımız 20.000 TL'yi aynen ödeyebileceğiz. 20.000 TL'nin ne kadar süre kullanıldığından bağımsız olarak, iadesinde yine 20.000 TL olarak ödenecektir. Elbette temerrütten sonra gündeme gelecek olan temerrüt faizi, kanun gereği ödenecektir. Ancak aym parayı, mal almak, çek ödemek gibi işyerimizle ilgili bir sebebe dayalı olarak aldığımızda, alırken hiçbir şey konuşmasak bile, faiz ödememiz gerekecektir.

a) Oran

TBK'da anapara faizinin oranına ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Eski hâliyle BK'da duran, ancak 3095 sayılı kanun ile uygulanmaz hâle gelmiş olan m.72 yerine, m.88 ile, bugün itibarıyla faiz açısından yürürlükte olan 3095 sayılı yasaya atfı yapılmıştır.

⁶⁸ BARLAS, s.180.

⁶⁹ BARLAS, s.181; TANDOĞAN, s.316.

⁷⁰ "Faizin azamî haddini tesbüt eden mevzuattaki emredici hükümlere riayet edilmesi gerekir. Şayet akitte kararlaştırılan faiz oranı mevzuatla tayin edilen azamî haddi aşıyorsa, anlaşma hükümsüz sayılmayıp sadece faiz oranı azamî hadde indirilerek faiz hesaplanır. Kararlaştırılan faiz uygulanmadığı takdirde akdin yapılmayacağı ileri sürülemez. Yani bu konuda BK. m.20/f.2 uygulanmaz." OĞUZMAN - ÖZ, s.245. Aynı yönde TANDOĞAN, s.307.

miştir. TBK m.88/f.1, “Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşme-
de kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hü-
kümlerine göre belirlenir.” diyerek, mevcut uygulamayı kanunî düzenleme hâline
getirmiştir. Esasen 818 sayılı yasanın yürürlüğünde de sonuç farklı değildir. Öncelikle
 tarafların bir oran kararlaştırıp kararlaştırmadıklarına bakılacak, varsa o uygulanacak-
tır. Böyle bir oranın olmadığı durumlarda kanunda öngörülen oranlar uygulanacaktır;
ki bugün itibariyle bu oranlar, yukarıda açıklandığı şekliyle, 3095 sayılı yasa ile dü-
zenlenmiştir. Kanımızca, enflasyonun oldukça değişken olduğu ülkemiz açısından,
ana kanun olan TBK’da bir oranın öngörülmemesi yerinde olmuştur⁷¹.

Bu konuda 6098 sayılı yasa da, anapara faizi için adı iş, ticarî iş ayrımı yapma
gereği duymamıştır.

b) Talep Hakkının Kullanılması

Talep hakkının kullanılmasına ilişkin, TBK’da herhangi bir yeni hüküm öngörülme-
miştir. Yukarıda yapılan açıklamalar, 6098 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra
da, geçerli olmaya devam edecektir.

2- Yasaklar

Anapara faizine ilişkin 818 sayılı yasa döneminde bulunan yasaklar 6098 sayılı yasa
dönemi için de, aynen korunmuştur. Anapara faizine ancak dava veya icra tarihinden
itibaren temerrüt faizi işleyeceğini kabûl eden BK m.104’e denk gelen TBK m.121 ile
aynı esas getirilmiştir. “Faizlerde, iratlarda ve bağışlamada temerrüt faizi” başlıklı
m.121 ile, “Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte te-
merrüde düşen borçlu, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak,
temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza
koşulu hükümlerine tabi olur. Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez.”
denilmiştir. Görüldüğü üzere, metinde hiçbir değişiklik yapılmamış, sadece dilde sade-
leştirmeye gidilmiştir.

Bileşik faiz yasağına ilişkin olan BK m.308 de, TBK m.388’de aynen korun-
muştur. Konuyla ilgili üçüncü fıkraya göre, “Faizin anaparaya eklenerek birlikte ye-
niden faiz yürütülmesi kararlaştırılamaz.”.

Bu iki husus aynen korunmuşken, anapara faizine ilişkin olarak TBK ile yeni
bir yasak getirilmiştir. Faiz oranı konusunda mevzuata atıf yapan TBK m.88’e ikinci
bir fıkra eklenmiştir. Yeni getirilen ve “Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı,
birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde ellisinden fazlasını aş-
maz.” şeklinde olan bu düzenleme ile, artık anapara faizinin oranını belirleme konu-
sunda bulunan serbesti ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bugün itibariyle anapara faizi-
ne uygulanan yasal oran % 9’dur. Bu düzenlemeye göre, 6098 sayılı yasanın yürürlüğe
girmesinden sonra, taraflar, o günkü yasal oran olan % 9’un % 50 fazlası olan %
13,5’ten daha fazla bir oran kararlaştıramayacaklardır. Taraflar sözleşme ile % 12
oranında faiz isteneceği kabûl ettikleri hâlde, bu geçerli olacaktır. Ancak taraflar % 15

⁷¹ Hala borçlar hukuku sınavlarında, m.72’yi okuyarak, buna göre, elindeki metne göre % 5 veya % 30
faiz uygulanır diyen öğrencilere rastlamak mümkün olabilmektedir. En azından bu şekilde bir metinle,
başka bir mevzuata bakması gerektiğini, kanunun kendisinde görebilecektir.

üzerinden faiz işleyeceğini kararlaştırdıklarında, bu oran kanundaki emredici düzenleme nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır. TKHK kapsamında konunun değerlendirilmesine ilişkin olarak belirtildiği üzere, burada da oranın üst sınır olan % 13,5'tan fazla, örneğin % 15 olarak belirlenmiş olması hâlinde, bu irade beyanını tamamen geçersiz saymak yerine, üst sınır olan % 13,5 üzerinden hüküm ifade edecek şekilde yorumlamak gerekir.

Kanun koyucunun tercihi olmakla birlikte, irade serbestisinin esas olduğu borçlar hukuku alanında, böyle bir sınırlamanın getirilmesi, kanımızca uygun olmamıştır. Faiz oranının yüksek belirlendiği durumlar açısından, aşırı yararlanma, kişilik haklarına aykırılık, dürüstlük kuralına aykırılık gibi genel denetim mekanizmaları ile denetleme yapılması mümkünken, bu şekilde, kanun ile bir genel sınır getirilmesi bize çok uygun gözükmemektedir. Tarafların eşit olmadığı tüketici hukuku, kira hukuku gibi alanlarda çok normal olan bu tarz sınırlamaların, iki tarafın eşit konumda olduğu sözleşmeler açısından yapılması kanımızca yerinde olmamıştır.

B- TEMERRÜT FAİZİNE İLİŞKİN

1- Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi ile ilgili TBK m.120/I, “*Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.*” şeklindedir. Burada da, anapara faizi ile uyumlu bir biçimde 3095 sayılı yasaya atf yapılmıştır. Zamana bağlı olarak sık değişebilecek bir kurum olmasına bağlı olarak, yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz.

Aynı maddenin son fıkrasında “*Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkra belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur.*” Hükmü getirilerek, 3095 sayılı yasanın 2. maddesinin son fıkrası tekrar edilmiştir.

Ancak madde metni bu kadarla kalmamakta, aşağıda açıklanacak olan oranı belirlemeye ilişkin bir yasak getirmektedir.

2- Yasaklar

Mevcut BK kapsamında temerrüt faizi ile ilgili tek yasak, m.104/III ile getirilmişti. Aynı düzenleme TBK m.121/III ile korunmuştur: “*Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez.*” Bu konu ile ilgili değişik bir düzenleme yoktur.

Yine özel kanunlardaki hükümler geçerliliğini koruyacaktır.

Ancak 6098 sayılı TBK'nın 120 maddesinin ikinci fıkrasındaki emredici düzenleme ile, yeni dönem için temerrüt faizi belirlenmesinde sınır getirilmiştir. Artık, yukarıda açıklandığı gibi, taraflar temerrüt faizi oranını serbestçe belirleyemeyeceklerdir.

Madde metni şu şekildedir: “*Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.*”

Şimdi bu düzenlemeyi uyguladığımızda ortaya çıkan sonuç şöyledir: Birinci fıkra, 3095 sayılı yasaya atf yapmaktadır. Bu yasada da oranlar bakımından ikili ayırım yapılmıştır.

Adî işlerde uygulanacak temerrüt faizi oranı, bugün itibarıyla % 9'dur. Şimdi adî bir işe dayalı olarak ödenmesi gereken bir para borcunda temerrüt söz konusu ol-

duğunda, sözleşme ile belirlenen oran ancak % 18 olabilecektir. % 18'in üzerinde belirlenen temerrüt faizi oranları kesin hükümsüz olacak; bu irade beyanlarının üst sınır olan % 18 üzerinden hüküm doğuracak şekilde yorumlanması gerekecektir.

Ticarî işlerde ise, yukarıda açıklandığı üzere, Merkez Bankasının kısa vadeli krediler için uyguladığı avans oranı öngörülmüştür. Bugün itibarıyla bu oran, % 15'tir. Buna göre, ticarî bir iş dolayısıyla ödenmesi gereken bir para borcu için, sözleşme ile kararlaştırılabilecek olan en yüksek oran % 30 olacaktır.

Anapara faizi açısından, irade serbestisine getirilen sınırlamalara dayalı eleştiriler, bu konu açısından da geçerlidir.

SONUÇ

818 sayılı BK ile 6098 sayılı TBK açısından, faiz kuralları karşılaştırmalı incelendiğinde, oranlar dışında, yeni düzenleme ile bir değişiklik getirilmediği görülmektedir. Kanunun bütününe ilişkin olarak yapılan, Türkçe bakımından arılaştırma dışında, temel faiz maddeleri ile getirilen sistemde değişiklik yapılmamaktadır.

Mevcut sistemde, faize ilişkin oranlar konusunda, 3095 sayılı yasa uygulanmaktadır. 6098 sayılı yasa ile, bu konu kanunun metnine taşınmış; faiz ile ilgili mevzuata doğrudan atıf gerçekleştirilmiştir. Bunun böyle yapılması, kanımızca yerinde olmuştur.

6098 sayılı yasa ile getirilen en önemli değişiklik ve sınırlama, faiz oranlarının serbestçe belirlenmesine ilişkindir. Günümüzde, özel kanunlarla getirilen kısıtlamalar dışında, faiz oranlarının serbestçe belirlenmesi mümkündür. Elbette aşırı yararlanma, dürüstlük kuralına aykırılık, ekonomik kişiliğe aykırılık gibi genel geçerlilik açısından, belirleme denetlenmektedir. Ancak yeni kanun ile, bu genel denetleme yeterli görülmemiş; hem anapara faizinin belirlenmesinde, hem de temerrüt faizi oranının belirlenmesine üst sınır getirilmiştir. Emredici olarak getirilen bu düzenlemeler dolayısıyla, artık bu üst sınırı geçen sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır. Ancak, kanımızca, bu geçersiz irade beyanlarının tamamen geçersiz olmasındansa, geçerli olan üst sınır açısından hüküm doğuracak şekilde yorumlanması gerekir.

KAYNAKÇA

ARKAN, S. : Ticarî İşletme Hukuku, B.7, Ankara 2004.

BARLAS, N. : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.

BİLGE, N.: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.12, İstanbul 2010.

FEYZİOĞLU, F.N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, B.2, İstanbul 1977.

GÜMÜŞ, M.A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler ,C.I, İstanbul 2008.

HATEMİ, H. – SEROZAN, R. – ARPACI, A.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.9, Ankara 2007.

OĞUZMAN, M.K. – ÖZ, T. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.8, İstanbul 2010.

TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, B.4, İstanbul 1989.

TEKİNAY, S. – AKMAN, S. – BURCUOĞLU, H. – ALTOP, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, B.6, İstanbul 1976 (Genel).

TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1977 (Özel).

Von TUHR, A.: Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, C.1-2, B.2, Ankara 1983, s.61 (Çev. Cevat Edege).

YAVUZ, C. – ACAR, F. – ÖZEN, B.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.8, İstanbul 2009.

ZEVKLİLER, A. – GÖKYAYLA, E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.11, Ankara 2010.

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK HAKKANİYETİNİN 5718 SAYILI
MÖHUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
(*EVALUATING THE EQUITY PRINCIPLE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE
CONTEXT OF TURKISH CODE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND
INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY^{*/}**

ÖZET

Makalemiz, yabancı hukukun, Türk mahkemelerinde ne şekilde dikkate alındığı ve de bu hukukun hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen bulunamaması halinde Türk hukukunun hangi hallerde uygulanacağıyla ilgilidir. Çalışmamızda MÖHUK'un 2. maddesinin 2.fıkra hükmünün değiştirilmesini teklif etmekteyiz. Ayrıca akitler bakımından, uygulanacak olan yabancı hukukun hangi zaman aralığındaki yürürlükte olan düzenlemesinin dikkate alınacağı sorusunu da cevaplamaya çalışmaktayız.

Anahtar Kelimeler: Yabancı hukukun uygulanması, akitlere uygulanacak yabancı hukukta zaman faktörü, kanunlar ihtilâfı kurallarının re'sen uygulanması, yabancı hukukun "hukuk" olarak dikkate alınması, yabancı hukukun "maddî vakıa" olarak dikkate alınması, yabancı hukukun hem hukuk hem maddî vakıa olarak birlikte dikkate alınması, hâkimin hukuku bilmesi ilkesi, mukayeseli hukuk düzenlerinde yabancı hukukun uygulanması.

ABSTRACT

This Article is dealing with the exploration and the application of foreign law and its content. Besides we have examined how is the "foreign law" considered in Turkish Courts as well as when will be the Turkish substantive law be applied in case of being no adequate ascertainment of the content of foreign law. We suggest an amendment on the second paragraph of the article 2 of MÖHUK (Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure). Furthermore in this paper we also discuss and try to figure out the question of time period of which provisions of the foreign law to be applied into the obligations arising from contracts.

Keywords: Application of foreign law, time factor in the application of law to the obligations arising from contracts, applying conflict of laws provisions as ex officio, consideration of foreign law as "legal nature", consideration of foreign law as "factual nature", consideration of foreign law as "hybrid nature", iura novit curia principle, application of foreign law in comparative legal systems.

Giriş

Çalışma konumuz esas olarak 5718 sayılı Kanun'un¹ 2. maddesinin 2. fıkrası hükmünün² milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti kapsamında değerlendirilmesine ilişkindir.

A. Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti

Milletlerarası Özel Hukuk, özel hukuk dalının bir parçası olarak iki amaca hizmet etmektedir. Bunlardan ilki, yabancılık unsuru taşıyan hayat ilişkilerinden doğan ihtilâfların hangi hukuka göre çözümleneceğini belirlemek, diğeri ise bu çözümlenmeyi yaparken, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini gerçekleştirmektir.

Hakkaniyet, "somut olay adaleti" olarak tanımlanabilir. Adalet kavramı ile hakkaniyet arasında sıkı bir bağın bulunması sebebiyle bu iki kavram arasındaki farklılığın ortaya konması gerekmektedir. Adalet denildiğinde, doğrudan doğruya kurallara ve ilkelere hakim olunması gereken en yüksek moral düşünce kastedilir. Buna karşılık hakkaniyet ise, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle belirlenememesinin doğuracağı sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla hukuk kurallarını esneterek somut olayın özelliklerine uygun karar verebilmektir. Bir başka ifadeyle, hakkaniyet, somut olayın özelliğine uyan çözüm biçimine ilişkin en yüksek moral temeldir denilebilir³.

Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti kavramında yer alan "hakkaniyet" kavramı, hukukî karşılığına denk gelen esas anlamından farklıdır. Zira Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin salt adaleti gerçekleştirme gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Buna mukabil, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde yetkili hukukun belirlenmesinde en sıkı ilişkili hukukun kanun koyucu tarafından yetkili kılınması; milletlerarası özel hukuk anlamında hakkaniyetin gerçekleşmesini temin ettirmiş olacaktır.

Egemenlik yetkisinden doğan yargılama faaliyetinde, ihtilâfın hâlli için yabancı kanunun uygulanmasının sebebi, tarafların söz konusu olay veya ilişkiye ait makul ve haklı beklentilerini karşılamaktır. Gerçekten de kanunlar ihtilâfi kuralları olmasaydı, Türk mahkemelerinde görülen yabancılık unsuru taşıyan tüm davalar niteliklerine bakılmaksızın Türk maddî hukuk hükümlerine göre çözümlenecekti. Böyle bir sonuç ise her zaman taraf menfaatine uygun düşmeyeceği gibi somut vakıya adaletine de hizmet etmeyebilecektir.

Devletler, doğal olarak birbirlerinden farklı hukuk sistemlerine ve farklı maddî hukuk düzenlemelerine sahiptir. Bu farklılık, Milletlerarası Özel Hukuk'un varlık sebebidir. Hukuk sistemlerindeki farklılık veya maddî hukuk kurallarındaki çeşitlilik, mukayese konusu yapılabilirse de, varlıklarının inkârına sebebiyet veremez.

Her hukuk dalı gibi, Milletlerarası Özel Hukuk da adaleti sağlama amaç ve niyetini taşımaktadır. Milletlerarası Özel Hukukta adalet ise iki şekilde tesis edilebilir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: fkerem@istanbul.edu.tr

** Yüksek lisans aşamasında şahsıma verdiği emekler ve de yardımları için Prof.Dr. Erhan Adal Hocama sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunuyorum.

¹ RG: 12.12.2007-26728.

² Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.

³ Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997, s.218 vd.; Tekinay Selahattin Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul, 1973, s. 67.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Öncelikle hayat ilişkisine uygulanacak hukuk normu tanzim edilirken; o ilişkinin niteliğine göre taraflar ve ihtilâf için en sıkı irtibatı tesis eden objektif bağlanma noktasının seçilmesi gereklidir.⁴ Sonrasında ise yabancı hukuk hükmünün, -kamu düzeni-engeli istisna olmak kaydıyla, tabii olduğu yabancı hukuktaki uygulaması her nasılsa Türk mahkemesince de (benzer değil) aynı şekilde uygulanması gereklidir.⁵ Zira MÖHUK bakımından yabancı hukuk iç hukuk hükmü haline gelmeyip, yabancı hukuk olarak tatbik alanı kazanmaktadır.⁶ Söz konusu belirtilen iki hususun her zaman için birlikte ele alınması gereklidir. Ancak bu şekilde Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti gerçekleşmiş ve tesis edilmiş olunacaktır.

B. Yabancı Hukuk Kavramı

Yabancı hukuk ile kastedilen yabancı bir devletin hukukudur. Bu hukukun kural olarak davanın görüldüğü tarihte yürürlükte olan hukuk hükümleri olması gerekmez. Nitekim taraf iradesinin hakim olduğu sözleşmelerde, seçilen hukukun hükümleri için zaman kaydı konabilir. Gelecekte seçilen hukukun ilgili hükümleri değişse veya tamamıyla ortadan kalksa bile taraflar için bağlayıcı olmaya ve uygulanmaya devam edecektir. Ancak MÖHUK gereğince taraflarca açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa, akdi borç ilişkileri bakımından sözleşmenin kurulduğu tarihte yürürlükte olan hukuk hükümleri dikkate alınacaktır.

Türkiye'nin aday ülke statüsüyle ilişki içinde bulunduğu Avrupa Birliği müktesebatının yabancı hukuk olarak dikkate alınıp alınmayacağı meselesi ise tartışmalıdır. Avrupa Birliğine üye devletler bakımından, Birlik müktesebatı üye devletlerin hukuk kaynaklarından biri olarak kabul edilmekte ve de yabancı bir hukuk olarak dikkat alınmaması gerektiği iddia edilmektedir.⁷ Keza Lex Marcatoria da yabancı hukuk kavramına girmemektedir. Zira Lex Marcatoria kuralları herhangi bir devletin egemenliğine bağlı olarak tanzim edilmiş normlar değildir.⁸

C. Yabancı Hukukun Mahkeme Tarafından Re'sen Dikkate Alınması

MÖHUK gereğince Türk hâkimi, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük Avrupa Birliği üyesi olan birçok devlet mahkemeleri için de geçerlidir.⁹ Buna mukabil Lüksemburg, Güney

⁴ Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, İstanbul, 2010, s.35. Nomer Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972, s.37.

⁵ Ancak "jura novit curia" prensibi, yani hâkimin hukuku bilme mecburiyeti, yabancı hukuk için söz konusu olmayacaktır. Nomer Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972, s.44. Benzer anlayış için bkz. Institut de Droit International'ın 1989 yılında Santiago de Compostela'daki oturumunda hazırladığı deklarasyon metni (md.2/c). (www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_02_en.PDF) (Ekim 2011 tarihi itibarıyla).

⁶ Nomer Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972, s.32.

⁷ Alpa Guido, Foreign Law in International Legal Practise: An Italian Perspective, Texas International Law Journal, Vol 36, 495, 2001, sayfa 506.

⁸ Alpa Guido, s. 504-505.

⁹ Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Polonya, Portekiz, İspanya, Slovakya, Slovenya hukuklarında, mahkemeler kanunlar ihtilâfi kurallarını
YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)

Kıbrıs ve İngiliz hukuk sistemlerinde ise mahkemeler, kanunlar ihtilâfî hükümlerini re'sen dikkate almakla yükümlü değillerdir¹⁰. Fransız hukukunda, ancak taraflar yabancı hukukun uygulanmasını mahkemeden talep ettikleri vakit veya yabancı hukuka ilişkin bilgileri mahkemeye ibraz ettikleri takdirde, kanunlar ihtilâfî kuralları re'sen dikkate alınabilmektedir¹¹. Letonya hukukunda ise kimi hallerde re'sen¹² bazı hallerde ise taraf iradesine bağlı olarak¹³ kanunlar ihtilâfî kuralları mahkemelerce dikkate alınmaktadır.

Türk hâkiminin görevi kanunu ve hukuku doğru uygulamaktır. Keza 6100 sayılı HMK'da¹⁴ da yabancı hukukun yanlış uygulanması temyiz sebeplerinden biri olarak sayılmıştır. HMK'nın 369. madde hükmü gereğince, Yargıtay tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü hususları da re'sen inceleyebilmektedir. Keza hukukun yanlış uygulanması da bozma sebeplerinden biridir¹⁵.

D. Yabancı Hukukun Davada Tabi Olacağı Usul

Yabancı hukukun davada tâbi olacağı usul tespit edilirken, dava unsurları, "hukukî unsur" ve "vakıa unsuru" olarak ayrılmaktadır¹⁶. Yabancı hukuk farklı ülke mahkemelerinde genelde iki şekilde ele alınmaktadır. Bir grup¹⁷ mahkeme, yabancı hukuku, "hukuk" olarak ele alırken, diğer bir grup¹⁸ ise isbata tabi olan "maddî bir vakıa" olarak değerlendirme yapmaktadır. Bu değerlendirmenin doğal olarak farklı sonuçları bulunmaktadır. Yabancı hukuk, "hukuk" olarak dikkate alındığı vakit, ihtilâfa uygulanacak hukukun ilgili hükümlerinin hâkim tarafından re'sen araştırılması gerekmektedir. Buna mukabil, yabancı hukuk, "maddî bir vakıa" olarak değerlendirildiğinde, taraflarca isbat edilmesi ve hükümlerinin mahkemenin bizzat bilgisine sunulması gerekmektedir¹⁹.

re'sen uygulamakla yükümlüdürler. Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, Application of Foreign Law, 2011, Münih, s.18.

¹⁰ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.19.

¹¹ Bkz. Fransız Temyiz Mahkemesinin 11.2.2009 tarihli (2.Dairesinin) Kararı. Juris Classeur Periodique, Edition Generale, 2009.II.10065.

¹² Bkz. Letonya Medenî Usul Kanununun madde 655 hükmü.

¹³ Bkz. Letonya Medenî Usul Kanununun madde 654 hükmü.

¹⁴ RG:04.02.2011-27836.

¹⁵ HMK. madde 371/1f hükmü.

¹⁶ Nomer Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972, s.9.

¹⁷ Avusturya (IPRG §3), Belçika (CPIL md.15/1), Çek Cumhuriyeti (PILA md.53/1), Estonya (PILA md.2), Yunanistan (CCP md.337), Macaristan (CPIL md.5), İtalya (PILA md.14), Portekiz (CC. md.348), Slovakya(PILA md.53/1), Slovenya(PILPA md.12/1) ve Romanya (105/1992 Sayılı Kanun md.7) hukukları bu gruba girmektedir.

¹⁸ Bu gruptaki ülkeler genellikle İngiliz hukuk sisteminden etkilenen ülke hukuklarıdır. İngiltere (Bkz. 1972 Tarihli Civil Evidence Act madde 4 hüküm başlığı: Delil olarak Yabancı Kanun), Malta, Güney Kıbrıs ve İrlanda hukuklarında, yabancı hukuk maddî vakıa olarak dikkate alınmaktadır. Bunun yanında Anglo Sakson hukukunun etkisi altında kalmamakla birlikte İspanya ve Lüksemburg, yabancı hukuku maddî vakıa olarak dikkate almaktadır.

¹⁹ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, Application of Foreign Law, 2011, Münih, s.8. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Yabancı hukukun, “hukuk” olarak dikkate alınması gerektiği yönünde, Institut de Droit International (IDI)’ın tavsiye niteliğindeki deklarasyonu²⁰ da bulunmaktadır²¹. Söz konusu deklarasyon metninin 2. maddesinin (a) bendinde yabancı hukukun, mahkemelerce hem re’sen dikkate alınması hem de re’sen uygulanması tavsiye edilmektedir.

Yabancı hukukun hem maddî hukuk hem de bir vakıa olarak ele alındığı hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Doktrinde yabancı hukukun her iki şekilde dikkate alınmasına “melez (hibrid) değerlendirme” denilmektedir. Letonya ve Litvanya²² bu duruma örnek olarak usulü değerlendirme yapan hukuklardır. Söz konusu bu iki ülkede, uluslararası sözleşmeler gereğince yabancı hukukun yetkili kılındığı hallerde, “yabancı hukuk”, maddî hukuk olarak dikkate alınmaktadır. Buna mukabil, taraf iradesine tabi olan akitler bakımından ise yabancı hukuk uygulanacak olduğunda, mahkemeler bu hukuku maddî vakıa olarak dikkate almaktadır²³. Özellikle Letonya’da taraflar yabancı hukukun uygulanmasını talep ettikleri vakit, bu hukukun ilgili maddî hukuk hükümlerini mahkemeye ibraz etmekle yükümlüdürler²⁴.

Türk Hukukunda ise, yabancı hukuk “hukuk” olarak dikkate alınmakta ve uygulanmaktadır²⁵.

E. Yabancı Hukukun Mahkemede Nasıl Uygulanacağı Meselesi

Kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği yabancı hukukun uygulanması asıl olarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet etmektedir. Bu nedenle yetkili yabancı hukukun uygulanabilmesi mütekabiliyet şartına bağlı tutulamaz. Nitekim Türk mahkemeleri de yabancı hukuku re’sen ve mütekabiliyet şartını gözetmeksizin uygulamaktadır. Söz konusu yabancı hukuk, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmayan bir devlete ait olsa bile, gene de kanunlar ihtilâfi kuralları kapsamında dikkate alınıp, olaya uygulanmak zorundadır²⁶.

Yabancı hukuk, mahkemelerde iki şekilde uygulanmaktadır. Bir grup mahkeme yabancı hukuku, bizzat yabancı hukukun tabi olduğu hukuk düzenindeki gibi yorumlamakta ve uygulamaktayken, diğer bir grup mahkeme ise yabancı hukukun hükümlerini, kendi maddî hukukunun bir parçasıymış gibi yorumlamakta ve uygulamaktadır. Türk mahkemeleri ilk gruba giren mahkemelerdendir.

²⁰ Deklarasyon, “Equality Treatment of the Law of the Forum and Foreign Law” başlığını taşımaktadır. (Mahkemenin Hukuku ile Yabancı Hukuka Eşit Muamele Edilmesi Hakkında Deklarasyon)

²¹ Santiago de Compostela’da gerçekleştirilen 12 Eylül 1989 tarihli oturumda alınan karar için bkz. (www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_02_en.PDF) (Ekim 2011 tarihi itibarıyla).

²² Lituanya Medeni Kanunu. Madde 1.10 hükmü.

²³ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, Application of Foreign Law, 2011, Münih, s.16-17.

²⁴ Bkz. Letonya Medeni Usul Kanununun madde 654 hükmü.

²⁵ Nomer Ergin, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, 2011, s.185-195 ; Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul,2010, s.172-177. Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2010, s.160-164.

²⁶ Söz gelimi taraflardan her ikisinin Güney Kıbrıs vatandaşı olduğu bir çift Türkiye’de boşanmak ister veya eşlerden biri, diğeri aleyhine tazminat davası açarsa; Türk mahkemesi tazminat talebi hakkında, tarafların müşterek millî hukuku olan Güney Kıbrıs hukukunu uygulayarak ihtilâfi hükme bağlayacaktır.

Yabancı hukuk hükmü, ilgili yabancı hukukta ne şekilde ve nasıl uygulanıyor ise Türk mahkemeleri tarafından da yabancı hukuk hükmü aynı şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Ancak bu şekilde milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti gerçekleştirilmiş olunur. Benzer şekilde Belçika hukukunda²⁷, Bulgaristan hukukunda²⁸, Çek hukukunda, İspanya hukukunda, Slovak hukukunda, Macar hukukunda, Fransız hukukunda²⁹, Alman hukukunda³⁰, İtalyan hukukunda³¹ ve Portekiz hukukunda³² yabancı hukuk, aynı o hukukun tabi olduğu hukuk düzenindeki gibi yorumlanmakta ve uygulanmaktadır. Keza İngiliz, İrlanda, Güney Kıbrıs ve Malta hukukları bakımından da aynı anlayış egemendir.

Farklı olarak yabancı hukukun, *lex fori*'nin bir parçası olarak uygulandığı mahkeme uygulamaları da bulunmaktadır. Avusturya hukukunda³³, Yunanistan hukukunda, Letonya hukukunda, Romanya hukukunda yabancı hukuk hükmü iç hukukun bir parçası gibi yorumlanmakta ve uygulanmaktadır.

F. Uygulanacak Yabancı Hukukun Hangi Zaman Aralığındaki Yürürlükte Olan Düzenlemesinin Dikkate Alınacağı Meselesi

5718 sayılı MÖHUK yetkili yabancı hukuk için hangi zaman aralığındaki düzenlemesinin dikkate alınacağını iki şekilde düzenlemiştir. Bir tarafta genel kuralı koymuş diğer taraftan ise istisnaî düzenlemeler sevk etmiştir. Ana kural MÖHUK madde 3 gereği dava tarihindeki yetkili hukukun dikkate alınmasıdır. Ancak bu hükme gerek şahsın hukukunda, aile hukukunda gerekse borçlar hukukunda oldukça fazla sayıda istisna getirildiğini söyleyebiliriz. Nişanlanmada, nişanlanma anındaki, evlenmede evlenme anındaki, evlilik malları hakkında, eşlere sınırlı bir seçim hakkı tanınarak evlenme anındaki, soybağında çocuğun doğumu anındaki, evlât edinmede evlât edinme anındaki, mirasta ölüm tarihindeki³⁴, aynî haklarda işlem anındaki, sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulduğu an'daki yürürlükte bulunan yetkili hukuk dikkate alınmaktadır.

Sözleşmeler bakımından kanaatimizce farklı bir yorum yapmak mümkün olabilir. Şayet MÖHUK'un 24. madde düzenlemesini tüm akdî ilişkiler bakımından getirilen özel bir kural olarak kabul edecek olursak, zaman faktörü bakımından "sözleşmenin kurulduğu tarih" kriterini kanunda sayılan diğer akit tipleri içinde uygulayabiliriz. Şu halde taşınmazların aynına ilişkin meseleler dışında kalan konularda (md. 25), tü-

²⁷ Bkz. Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, madde 15/1f hükmü.

²⁸ Bkz. Bulgaristan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, madde 44/1f hükmü.; Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.150.

²⁹ Geeroms Sofia, Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis, Mart,2004,Oxford,s.191.

³⁰ Geeroms Sofia, Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis, Mart,2004,Oxford,s.184.

³¹ İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, madde 15/1f hükmü.

³² Bkz. Portekiz Medenî Kanunu madde 23 hükmü.

³³ Jareborg Jantera Maarit, Foreign Law in National Courts, A Comparative Perspective, Recueil des Cours, Vol 304,2003, p.230.

³⁴ MÖHUK'un 20. maddesinde açıkça yazmamakla birlikte düzenlemenin mahiyetinden bu anlaşılmaktadır.

ketici sözleşmelerinde (md. 26), iş sözleşmelerinde (md.27), fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmelerde (md.28), eşya taşınmasına ilişkin sözleşmelerde (md.29) ve temsil yetkisinden doğan ilişkilerde (md.30/3)³⁵ yetkili hukuku dikkate alırken –dava tarihindeki hukuktan ziyade– “sözleşmenin kurulduğu an’daki” yürürlükte olan hukuku dikkate alabiliriz. Ana kural olan dava tarihindeki hukuk kriterini bir kenara bırakabiliriz. Zira MÖHUK’un 24. madde hükmü “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk” başlığını taşımaktadır. Kanaatimizce madde hükmü genel olarak sözleşmelere uygulanacak ilkeleri sevk etmektedir. Söz gelimi hukuk seçiminin ne şekilde yapılacağını, zimni hukuk seçiminin hangi hallerde geçerli olacağını düzenleyen 1.fıkra hükmü³⁶ tüm akdi borç ilişkileri bakımından dikkate alınacak genel bir prensiptir. Benzer şekilde yetkili hukukun hangi zaman aralığındaki düzenlemesinin dikkate alınacağı meselesinde de; “sözleşmenin kurulduğu an’daki” zaman kriterinin akid dışı borç ilişkileri dışında kalan tüm akdi ilişkiler hakkında da dikkate alınmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Bunun yanında sözleşmenin zayıf tarafının korunmasının gerektiği özellik arz eden tüketici ve iş akitleri bakımından da uygulanacak olan yetkili hukuku, sözleşmenin kurulduğu an’daki yürürlükte olan düzenlemesi ile sınırlı tutmanın, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet edeceğini düşünmekteyiz.

Aksi takdirde hukuk güvenliği tehlikeye girmiş olacaktır. Zira tüketici akitlerinde tüketici, Türk mahkemelerinde dava açmak istediği vakit kendi lehine en uygun olan ülkede mutad mesken tesis ederek, davada bu hukukun uygulanmasını sağlayabilir. Keza iş akitlerinde de kimi hallerde işverenin işyeri hukukun yetkili olduğu hallerde, “sözleşmenin kurulduğu an” dikkat alınmaz ise, işverenin tek taraflı iradesine bağlı olarak işyerini ve buna bağlı olarak uygulanacak hukuku kendi lehine değiştirebilme imkânı ve tehlikesi bulunmaktadır.

G. Yabancı Hukukun Uygulanma Sebebi

Milletlerarası Özel Hukuk kapsamında yabancı hukuk hükmünün uygulanma sebebi, ihtilâf bakımından ilgili bağlanma noktasının yabancı hukuku yetkilendirmesinden kaynaklanabilir. Gerçi bağlanma konusunun vasıflandırılması aşamasında da yabancı hukukun kendisi dikkate alınabilir. Ancak bu aşamada ihtilâf nihaî olarak çözüme kavuşturulmuş olmaz. Bu itibarla biz, çalışma konumuzu sadece bağlanma noktasına bağlı olarak yabancı hukukun uygulandığı hallerle sınırlı tutacağız.

Söz konusu bağlanma noktası genellikle kişinin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, mallarının bulunduğu yer, mutad işyeri, zararın meydana geldiği yer veya işlemin yapıldığı yer olabilir. Buna mukabil farklı hukuk sistemlerinde ise kişinin sahip olduğu dinî inanç, uygulanacak hukuku da belirleyebilmektedir.^{37, 38}

³⁵ Belirtelim ki, Türk hukuku bakımından temsil akdi bir ilişki değildir. Tek taraflı irade beyanıyla verilen bir yetkidir. Bu nedenle temsilci ile temsil olunan arasında bir hizmet ilişkisi varsa ancak o zaman, yetkinin verildiği tarihteki zaman kriterini dikkate alabiliriz.

³⁶ Bkz. MÖHUK madde 24/1f. “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.”

³⁷ Vahapoğlu Erol Ayten, İslâm Devletler Hususî Hukukunda Yabancı Unsurlu İhtilâflar (Şahıs, Aile, Miras), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslâm Bi-YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)

İhtilâfa uygulanacak yabancı hukuk sadece MÖHUK hükümlerinden doğmamaktadır. Aynı zamanda TTK'da düzenlenen poliçe, bono, çek ile deniz ticaret hukukuna ilişkin hükümlerden veya milletlerarası sözleşme³⁹ hükümlerinden de kaynaklanabilir. Türk hâkiminin olaya uygulayacağı yabancı hukuk, maddî hukuk hükmü olabileceği gibi yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı hükmü de olabilir.

Şu halde ihtilâfa uygulanacak yabancı hukuk hükmünün tespit edilmesinin gerekliliği beş ihtimalden veya sebepten ortaya çıkabilir.

a) Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının yabancı hukukun maddî hukuk hükmüne atıf yapması sebebiyle yabancı maddî hukuk hükmünün tespiti ve uygulanması gerekebilir.

Türk milletlerarası özel hukukunda, kişi ve aile hukuku dışında kalan konularla ilgili uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yetkili hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır. Şu halde yabancılık unsuru taşıyan ve zamanaşımına ilişkin ihtilâflar ile taşınır ve taşınmazlar üzerindeki aynı haklar⁴⁰ hakkında veya taşıma araçları üzerindeki aynı haklarla ilgili ihtilâflarda, miras meselelerinde⁴¹, nafaka taleplerinde⁴², evlilik mal rejimleriyle ilgili uyuşmazlıklarda, fikrî mülkiyet hakkından doğan talepler hakkında, sözleşmelerden doğan borç ilişkileri ile taşıma sözleşmeleri hakkında, haksız filler hakkında, kişilik haklarının ihlalden doğan talepler hakkında, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğundan doğan ihtilâflar hakkında, haksız rekabet ile sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklar hakkında yetkili hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır. Bu hukuk yabancı bir hukuk olduğu takdirde, Türk hâkiminin bu hukuku re'sen (ex officio)⁴³ araştırması ve kamu düzeni engeli olmadığı müddetçe ihtilâfa uygulaması gereklidir.

limleri, İslâm Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2004. s.96-97. İslâm hukukunda tercih edilen diğer bağlanma noktaları için bkz. Vahapoğlu Ayten, s. 97-101.

³⁸ İslâm hukukuna göre, Müslüman bir kişi yabancı bir ülkede bulunuyor olsa dahi, İslâm hukukuyla bağlıdır. Çünkü İslâm ülkesinde Müslüman için caiz veya geçerli olmayan bir şey, yabancı ülkede de caiz veya geçerli kabul edilmemektedir. Bkz. Vahapoğlu Ayten, sy.96 dipnot 334'te atıf yapılan yazarlar.

³⁹ Bkz. 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme hükümleri ile 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme hükümleri.

⁴⁰ Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar hakkında lex rei sitae prensibi geçerli olduğundan atıf söz konusu olmaz.

⁴¹ Doktrinde miras hukukuna ilişkin meselelerde atfın dikkate alınacağı belirtilmiştir. Tereke kapsamına giren menkul mallar için atıf kabul edilmektedir. Buna mukabil miras kalan gayrimenkuller için bir ayrım yapılmaktadır. Miras kalan taşınmazları, malın bulunduğu yer hukukuna tabi tutan hukuklar bakımından atıf kabul edilmezken, şahsın hukukuna tabi tutan hukuklar için atıf kabul edilmektedir. Bkz. Çelikel Aysel /Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, 2010, s.126-127.

⁴² Nafaka ihtilâfları her ne kadar aile hukukuna ilişkin olsalar da nitelikleri gereği mal varlığı ile ilgili olduklarından ve para borcu olduğundan atıfa konu olmazlar.

⁴³ Yabancı hukukun ihtilâfla ilgili hükümlerinin re'sen araştırılması, Alman hukukunda da hâkimin görevidir. Alman hukukunda yabancı hukuk bir vakta olarak değil, maddî hukuk olarak kabul edilmektedir. Ancak hâkim yabancı hukuk hakkında bilgi edinirken, tarafların yardımını talep edebilir. Bkz. Hartley C. Trevor, Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, International and Comparative Law Quarterly, April 1996, Vol 45, s. 275 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

b) Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallına atfı yapması sebebiyle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hükmünün tespiti ve uygulanması gerekebilir.

5718 sayılı MÖHUK gereğince yetkili yabancı hukukun, kanunlar ihtilâfi kuralları, sadece kişi ve aile hukukuna ilişkin meselelerde dikkate alınacaktır. Ayrıca taraflar akdi borç ilişkilerinden doğan ihtilâflar hakkında da açıkça seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilirler.

Şu halde borçlar hukukundaki istisnayı bir kenara bırakacak olursak yabancı kişinin ehliyeti veya vesayet altına alınmasının gerektiği hallerde kısıtlılık, kayımlık, gaiplik, ölmüş sayılma, nişanlılık, evlenme, boşanma, soybağı, evlat edinme gibi meselelerde atfı dikkate alınacaktır. Bu uyuşmazlıklarda Türk hâkimi yabancı hukukun maddî hukuk hükümlerini değil, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi normlarını araştırmak ve ihtilâfa uygulamak zorundadır.

c) Türkiye'nin taraf olduğu sözleşme hükmü gereğince yabancı maddî hukuk hükmünün tespiti ve uygulanması gerekebilir.

Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası gereği usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş milletlerarası sözleşmeler, Türk hukuku bakımından kanun hükmünde kabul edilmektedir. Yabancılık unsuru içeren ihtilâflar bakımından, hâkim konuyla ilgili sözleşme hükümlerini re'sen dikkate almak ve uygulamak zorundadır⁴⁴. Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda uygulanacak hukuku düzenleyen sözleşmeler oldukça sınırlıdır. Uygulanacak hukukla ilgili düzenlemelerin tanzim edildiği sözleşmeler nitelikleri gereği çok taraflı sözleşmelerdir. İki taraflı sözleşmelerde uygulanacak hukukla ilgili düzenlemelere ise son derece istisnaî olarak rastlanmaktadır. Bu duruma örnek olarak Türkiye ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) arasında akdedilen Sosyal Güvenlik Anlaşmasını gösterebiliriz⁴⁵.⁴⁶ Söz konusu anlaşma, Türk vatandaşları ile KKTC vatandaşları arasındaki iş akitlerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında hangi hukukun uygulanacağını düzenlemektedir. Sözleşmeye göre, anlaşmada aksine hüküm yoksa⁴⁷ çalışanların mecburi olarak sigortaya tabi tutulmaları ile iş münasebetlerinden

⁴⁴ 5718 Sayılı MÖHUK madde 1/2 "Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır".

⁴⁵ RG: 15.08.1999-19900.

⁴⁶ Bkz. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasındaki Sosyal Güvenlik Anlaşması ile İlgili Ek Anlaşma. RG: 25.11.1999-23887. Madde 6.

⁴⁷ Sözleşmenin 5. madde hükmüne getirilen istisnalar için 6. madde hükmüne bakınız.

Bu Anlaşmanın 5'inci maddesindeki genel kural aşağıdaki istisnalara tabidir.

1- İş merkezi Akit Taraflardan birinin ülkesinde bulunan bir işverenin hizmetindeki kimse geçici olarak bir işin icrası için diğer Akit Tarafın ülkesine gönderildiği takdirde, bu Taraf ülkesine vardığı tarihten başlayarak yirmi dört ay müddetle kendi ülkesinde çalışıyormuş gibi, hakkında iş merkezinin bulunduğu Akit Taraf mevzuatı uygulanır. Çalışma süresi yirmi dört ayı aştığı takdirde; işçi, işverenin veya işverenin, işçinin muvafakatını almak şartıyla, önceden istekte bulunur ve 5'inci madde hükmünü uygulamak durumunda olan diğer Akit Tarafın Yetkili Makamı buna muvafakat ederse, bu kimse hakkında iş merkezinin bulunduğu Akit Taraf mevzuatının uygulanmasına devam edilir. 2- Merkezi, Akit Taraflardan birinin ülkesinde bulunan bir nakliyat işçisi bir işin icrası için geçici olarak diğer Akit Taraf ülkesine gönderildiği takdirde, bu işçi hakkında, işyeri merkezinin bulunduğu ülkede çalışıyormuş gibi o Taraf mevzuatı uygulanır. 3- Merkezi, Akit Taraflardan birinin ülkesinde bulunan hava nakliye işinde çalışan bir işçi bir işin

doğan ve işverene ait olan hak ve yükümlülükleri hakkında -işverenin ikametgâhı veya iş merkezi diğer akit taraf ülkesinde bulunsu bile- çalıştıkları ülkede yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri uygulanacaktır⁴⁸. Anılan sözleşme gemi mürettebatı olarak çalışan işçiler ile akit devlet adına veya amme hizmeti görmek üzere diğer akit devlete gönderilen işçilerin tabi olacağı hukuklar hakkında da hükümler sevk etmiştir⁴⁹.

Bunun yanında uygulanacak hukuku tayin eden çok taraflı uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır. Bu sözleşmelerden biri 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmedir⁵⁰. Sözleşme nafaka taleplerine ilişkin ilk bağlama kuralı olarak, çocuğun mutad meskeninin maddî hukuk hükümlerinin⁵¹ uygulanacağını düzenlemektedir. Şayet bu hukuka göre nafakaya hükmedilemez ise, müracaat makamının millî hukuku yetkili hukuk olacaktır. Şu halde Türk hâkimi, sözleşmeye taraf devletlerle sınırlı olarak çocukla ilgili nafaka talepleri hakkında çocuğun mutad meskeninin maddî hukuk hükümlerini öncelikle uygulamak zorundadır. Sözleşmeyle ilgili nafaka talepleri hakkında yabancı hukukun ilgili hükümlerini bulmak ve uygulamak hâkimin sorumluluğundadır. Nafakaya uygulanacak hukukla ilgili diğer bir sözleşme ise 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmedir⁵². Sözleşme, nafaka taleplerine uygulanacak hukuk hakkında basamaklı kurallar tanzim etmiştir. Öncelikle nafaka alacaklısının mutad mesken hukukunun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır. Bu hukuka göre nafakaya hükmedilemez ise, nafaka alacaklısı ile borçlusunun müşterek millî hukuku uygulanacaktır. Bu hukuka göre de nafaka bağlanamaz ise, müracaat makamının maddî hukuk hükümlerine göre talep hükme bağlanacaktır⁵³. Görüldüğü üzere anılan sözleşme hükümleri çerçevesinde Türk hâkimi nafaka talepleri hakkında yabancı hukuk hükmünü uygulamak zorunda kalabilir. Bu durumda hâkim, yetkili yabancı hukukun ilgili hükümlerini bulmak zorundadır.

Uygulanacak yabancı hukuk ile ilgili diğer bir sözleşme de Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında Sözleşme'dir⁵⁴. Sözleşme,

icrası için geçici olarak diğer Akit Taraf ülkesine gönderildiği takdirde, bu işçi hakkında işyeri merkezinin bulunduğu ülkede çalışıyormuş gibi, o Taraf mevzuatı uygulanır.

⁴⁸ Söz konusu hüküm MÖHUK'un 27. madde hükmü ile uyumlu dahi olsa, sözleşme özel kanun hükmünde kabul edileceğinden öncelikle dikkate alınıp, uygulanacaktır. Sözleşmenin uygulanma koşulları 2. ve 3. maddelerde sayılmıştır. MÖHUK'a etkisi için bkz. Madde 2/3 fıkra hükmü: "Bu Anlaşma, bu maddede yazılı mevzuatı değiştirecek veya tamamlayacak veya bu konuda yeniden çıkarılacak bütün mevzuat hakkında da uygulanır".

⁴⁹ Bkz. Sözleşmenin 7. ve 8. madde hükümleri.

⁵⁰ RG:24.12.1971-14052.

⁵¹ Bkz. Sözleşme madde 3 hükmü.

⁵² RG: 06.02.1983-17951. Sözleşme Loi Uniforme niteliktedir. Hiçbir karşılıklılık şartı olmaksızın uygulanmaktadır. (Md. 3)

⁵³ Sözleşmenin İngilizce dilindeki (md. 27) orijinal metninde 6. madde hükmü "... the internal law of the authority seised shall apply" şeklindedir.

(http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=86) Oysa anılan madde hükmü Türkçe'ye "... başvuru mercii kanunu uygulanır" şeklinde tercüme edilmiştir. Kanaatimizce, orijinal metne sadık kalınması bakımından "başvuru mercii maddî hukuku uygulanır" şeklinde tercüme edilmesi daha doğru olabilir.

⁵⁴ RG: 17.01.1983-17931.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

sadece vasiyet tasarruflarını dikkate almakta olup, vasiyetnamelerin şeklen geçerliliği hakkında yetkili olacak olan olası hukukları belirtmiştir. Sözleşme hükümlerine göre vasiyetnamenin şekli geçerliliği hakkında, vasiyetnamenin yapıldığı yer hukuku veya vasiyetçinin vasiyetnameyi yaptığı andaki veya ölümü andaki vatandaşı olduğu veya ikametgâhının bulunduğu veya mutad meskeninin bulunduğu yerdeki devletin maddî hukuk hükümleri ile taşınmazın bulunduğu yerin maddî hukuk hükümleri yetkili olacaktır. Şu halde Türk hâkimi, yabancı tarafından Türkiye’de tanzim edilmiş olan veya yabancı ülkede bir Türk veya yabancı tarafından tanzim edilmiş bir vasiyetnamenin şekli geçerliliği hakkında yabancı hukukun maddî hukuk hükümlerini uygulamak durumunda kalabilir. Böyle bir durumda hâkim, öncelikle yabancı hukukun ilgili hükümünü tespit etmek zorundadır.

d) Türkiye’nin taraf olduğu sözleşme hükmü gereğince yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hükmünün tespiti ve uygulanması gerekebilir.

Türkiye’nin taraf olduğu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın⁵⁵ 1.maddesinin 1/b bendi, sözleşmenin uygulama alanını düzenlemektedir. Madde hükmüne göre işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine uygulanacak olan milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde antlaşma uygulama alanı bulabilecektir. Görüldüğü üzere Türk hâkimi antlaşma hükmü gereğince yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını dikkate almak durumunda kalabilecektir. İşte bu noktada, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının re’sen araştırılıp, mevcut ihtilâfin sözleşmenin uygulama alanına girip girmediğinin tespiti önem arz etmektedir.

e) Taraf iradesine tabi konularda, yapılan hukuk seçimi nedeniyle yabancı maddî hukuk hükmünün tespiti ve uygulanması gerekebilir.

5718 sayılı MÖHUK, borçlar hukukundan doğan taraf iradesi serbestisini benimseyerek yabancılik unsuru taşıyan akdi borç ilişkileri hakkında hukuk seçimine imkân tanımıştır. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında veya fikrî mülkiyet hakkından doğan ihtilâflar hakkında, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerle ilgili ihtilâflarda, haksız fiilden⁵⁶ veya sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler hakkında⁵⁷ taraflar hukuk seçiminde bulunabilirler.

Buna mukabil yabancılik unsuru taşıyan hukukî ilişkilerin bazılarında ise sınırlı hukuk seçimine müsaade edilmiştir. Söz gelimi evlilik malları hakkında sınırlı hukuk seçimine müsaade edilmiştir. Keza tüketici sözleşmeleri ile iş sözleşmelerinde de sınırlı hukuk seçimine imkân tanınmıştır.

Hâkim tarafların seçtiği yabancı hukuk hükmünü ihtilâfa uygulamakla yükümlüdür. Ancak taraflar hukuk seçiminde bulunmuşlar ise, bu hukuk hakkında bilginin evleviyetle taraflar tarafından mahkemeye sunulması beklenmelidir. Zira bu hukukun uygulanmasında öncelikli menfaati olan hiç şüphesiz bizzat tarafların kendileridir.

⁵⁵ RG: 07.04.2010-27545.

⁵⁶ Taraflar ancak haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra uygulanacak hukuku açıkça seçebilirler. MÖHUK madde 34/5f.

⁵⁷ Taraflar ancak sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmesinden sonra uygulanacak hukuku açıkça kararlaştırabilirler. MÖHUK madde 39/2f.

Ancak taraflar bu hususta hâkime yardımcı olmazlar ise, hâkimin re'sen o hukukun ilgili maddî hükümlerini araştırıp bulması ve uygulaması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın verdiği kararda da bu husus açıkça belirtilmiştir⁵⁸.

H. Yabancı Hukukun Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Gerek 5718 sayılı MÖHUK'ta olsun gerekse 2675 sayılı MÖHUK'ta yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk Hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Yabancı hukukun tespit edilememesi, bağlanma noktasının tespit edilememesinden veya bizzat yabancı hukuk hükmünün içeriğinin tespit edilememesinden kaynaklanabilir. Şayet yabancı hukuk, bağlanma noktasının tespit edilememesinden kaynaklanıyor ise, bu halde lex fori uygulanacaktır⁵⁹.

Buna mukabil, yabancı hukukun ihtilâfa uygulanacak ilgili hükümlerinin tespit edilememesi doğrudan lex fori'nin uygulanmasına sebebiyet vermez. Lex fori'nin uygulanabilmesi için yabancı hukukun ilgili hükümlerinin öncelikle tümüyle araştırılması ancak herhangi bir bilgiye ulaşılamıyor olunması gerekir. Bu konuda hâkimin azamî gayreti sarf etmiş olması gerekir. Hâkim, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilebilmek için çeşitli imkânlarla sahiptir. Bu imkânların başında iki taraflı adli yardım anlaşmaları ile Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair çok taraflı Sözleşme⁶⁰ gelmektedir. Bunun yanında yabancı hukukun mevzuatı hakkında bilgi edinilmek için yabancı ülkenin Türkiye'deki elçilik veya konsoloslüğundan da yardım talep edilebilir. Ayrıca Üniversitelerin Milletlerarası Özel Hukuk bölümleri ile Mukayeseli Hukuk Araştırma Merkezlerinden de görüşler alınmak suretiyle yabancı hukukun araştırılması ve uygulanması imkânı vardır⁶¹.

Yabancı hukukun muhtevasının tespiti aşamasında davalı veya davacı taraftan sadece yardımı istenebilir⁶². Yardım mükellefiyetinin yerine getirilmemesi, taraflara herhangi bir hukukî sorumluluk yüklemes. Buna mukabil, Türk hâkimi, yabancı hukukun ilgili hükümlerini bulmak ve hükümlerini re'sen uygulamakla mükelleftir. Ancak hâkimin yabancı hukuku bildiği de farz edilemez.

⁵⁸ "Hakim, MÖHUK'un 2.maddesi hükmüne göre, bir davada yabancı kanunun uygulanıp uygulanmayacağı kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. MÖHUK'un 24/1. maddesi hükmüne göre ise, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü sayılan teminat mektubunda yer alan hüküm gereğince, dava konusu uyuşmazlığa İsviçre yasalarının uygulanması gerekmektedir. Bu durumda mahkemece, işbu davada uygulanması gereken İsviçre yasalarını veya ilgili mevzuatı sunması için taraflardan yardım istemesi ve Adalet Bakanlığı aracılığıyla ilgili yasa hükümlerinin celbi istenmelidir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 07.10.2003 tarihli ve E.2003/2977 K.2003/8974 sayılı kararı. (www.kazanci.com)

⁵⁹ Nomer Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972, s.110.

⁶⁰ RG: 26.08.1975-15338.

⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.09.1997 tarihli E.1997/5344 K.1997/5910 sayılı kararı. (www.kazanci.com)

⁶² Benzer şekilde Alman Hukukunda da tarafların yardımı talep edilebilmektedir.(Zivilprozeßordnung md. 293). Keza Fransız Hukukunda da Bkz, Rainer Hausmann, Pleading a Proof of Foreign Law- A comparative Analysis, The European Legal Forum, Sayı 1-2008, s.11.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Kimi zaman, yabancı hukukun uygulanmasında menfaati bulunan taraf veya hâkim, tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun ilgili hükümlerini tespit edemeyebilir. İşte bu aşamada MÖHUK madde 2/2 gereği Türk hukuku uygulanarak ihtilâf çözüme kavuşturulacaktır. Kanunun bu hükmünün sevk edilmesindeki amaç, yabancı hukukun ilgili hükmünü bulamayan hâkime ihtilâfı bir an önce çözüme kavuşturması için kolaylık tanımaktır.

Belirtelim ki; MÖHUK madde 2/2 gereği uygulanacak Türk hukuku ile HMK. madde 33 gereği uygulanacak Türk hukuku birbirlerinden farklıdır. 6100 sayılı HMK. gereğince hâkim, Türk hukukunu re'sen uygulayacaktır. Ancak bu re'sen uygulama yükümlülüğü Türk maddî hukuk hükümleri için geçerlidir. Hiç şüphesiz Türk maddî hukuk hükümlerinin kapsamına 5718 sayılı MÖHUK da girmektedir.

Oysa MÖHUK madde 2/2 gereği uygulanacak olan Türk hukuku istisnâî niteliktedir. Yabancı hukukun ilgili hükümlerinin bulunamaması sebebiyle Türk hukuku uygulanmak durumunda kalınacaktır. Nitekim Yargıtay'da MÖHUK. 'un 2. maddesinin 2. fıkrâ hükmünü aynı anlayışla uygulamaktadır. Yargıtay'ın erken tarihli bir kararında⁶³ aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir. "Davalı Kuveytli olduğuna göre uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu aşikârdır. ... Bu durumda mahkemece yapılacak iş; uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu göz önünde tutularak 2675 Sayılı Kanunun 24., 2. ve mülga HUMK'nun 76. maddesi hükümleri ışığında işlem yapılarak uygulanması gereken yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri varsa, tespit edilip, iddia ve savunma ile birlikte bir kül halinde değerlendirilerek müspet menfi bir sonuca varmak ve şayet tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri tespit edilemezse o vakit Türk Hukukuna göre meseleyi çözümlenmekten ibarettir."

Yargıtay başka bir kararında⁶⁴ ise zamanaşımıyla ilgili olarak yabancı hukukun ilgili hükümlerinin bulunamaması sebebiyle doğrudan Türk maddî hukukuna göre ihtilâfî hükme bağlamıştır. İlgili kararda "mahkemenin, bozma ilâmında belirtilen zamanaşımına ilişkin Alman kanunlarının ilgili hükümlerini temin için taraflara süre verdiği, taraflarca temin edilememesi halinde re'sen araştırma yapılarak yabancı mevzuatın getirilmesi gerektiği, tüm araştırmalara rağmen yabancı mevzuatın getirilememesi durumunda aynı yasanın 2/2. maddesine göre Türk Hukukunun zamanaşımına ilişkin hükümlerinin re'sen uygulanması gerektiği, belirtilerek hükmün bozulmasına" karar verilmiştir.

I. MÖHUK'un 2. Maddesinin 2.Fıkra Hükmünün Yorumlanması

MÖHUK'un 2. maddesinin 2.fıkra hükmünün hakkın aranmasında basitlik ilkesine hizmet ettiğini söyleyebiliriz. Zira yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tümüyle araştırılmasına rağmen tespit edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanması ile davanın uzamasının önüne geçilmiş olunacaktır. Bir hukukî düzenleme, ancak hakkın aranmasında basitlik, kolaylık ve çabukluk sağladığı sürece adaletin gerçekleşmesine hizmet etmiş olacaktır.

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 18.04.1986 tarihli E. 1986/64 K.1986/2029 sayılı kararı. (www.kazanci.com)

⁶⁴Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.12.1999 tarihli E.1999/8492 K.1999/10456 sayılı kararı (www.kazanci.com)

Doktrinde,⁶⁵ yabancı hukuk hükümlerinin tespit edilememesi halinde, hukukî ihtilâfî halletmek mecburiyetinde olan hâkimin; yabancı hukuk yerine Türk kanunlarını tatbik etmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak Türk kanunları derken, MÖHUK'tan bahsedilmemiştir. Hiç şüphesiz MÖHUK da Türk kanunlarının ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak kanaatimizce yabancı hukukun ilgili hükümlerini tespit edemeyen Türk hâkiminin öncelikle meseleyi Türk maddî hukuk hükümlerinden ziyade MÖHUK'a bakarak çözmesi gereklidir. Bu nedenle, ihtilâfla ilgili yetkili yabancı hukuk düzenlemesinin içeriği bulunmadığı veya ulaşılamadığı vakit, doğrudan Türk maddî hukuk hükümlerini uygulamak yerine, şayet o ihtilâfla ilgili olarak MÖHUK'ta basamaklı bir bağlanma kuralı düzenlenmiş ise, öncelikle diğer bağlanma noktasının gösterdiği hukuka gidilmelidir. Yoksa doğrudan Türk maddî hukukuna gidilmemelidir. MÖHUK'ta bazı bağlanma konuları için bir tek bağlanma noktası tanzim edilmiştir. Söz konusu bu hukukun dışında alternatif bir bağlanma noktası kanunda belirtilmemiştir. Söz gelimi MÖHUK'da nişanlanma (md.12) ehliyet ve şartları tarafların her birinin nişanlanma anındaki millî hukuklarına tabi tutulmuştur. Türkiye'de nişanlanmak isteyen bir yabancıнын tabi olduğu millî hukuk düzenlemesinin ilgili hükümlerine tüm araştırmalara rağmen mahkeme tarafından ulaşılamamış ise, Türk maddî hukuku uygulanarak kişinin ehliyetli olup olmadığı tespit edilecektir. Buna mukabil, evlenmenin genel hükümlerine tabi olan ihtilâflar⁶⁶ için basamaklı kurallar tanzim edilmiştir. Şayet ilk bağlanma noktası olan (eşlerin) müşterek millî hukuk düzenlemesinin içeriğine ulaşılamaz ise, mahkemenin artık bundan böyle (md.2/2f gereği) doğrudan Türk maddî hukukunu uygulamak yerine, ikinci bağlanma noktası olan müşterek mutad mesken hukukuna giderek ihtilâfî çözmesi gerekir.

Bu durumla ilgili bir başka örnek olarak, boşanmanın hükümlerine uygulanacak hukukun tanzim edildiği MÖHUK'un 14. madde hükmü⁶⁷ gösterilebilir. Boşanmanın hükümlerine öncelikle eşlerin müşterek millî hukuku uygulanacaktır. Böyle bir hukuk var ise ve de bu hukuk yabancı bir hukuk ise, mahkemenin bu hukukun ilgili hükümlerini re'sen araştırması ve ihtilâfa uygulaması gereklidir. Şayet tüm araştırmalara ve tarafların gayretine rağmen yabancı hukukun ilgili hükümlerine ulaşılamaz ise, hâkimin bundan sonra ikinci bağlanma noktası olan müşterek mutad mesken hukukuna göre ihtilâfî çözmesi gerekir. Hâkimin bu hususu göz ardı ederek, MÖHUK'un 2. maddesinin 2. fıkrâ hükmünü dikkate alarak doğrudan Türk maddî hukukunu uygulaması hem kanunun yanlış yorumuna, uygulanmasına sebebiyet verir hem de Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti ile bağdaşmamasına neden olur.

MÖHUK gereğince her bağlanma noktası, hâkimi yabancı bir hukuka götürebileceği gibi Türk hukukuna da götürebilir. Ancak bağlanma konusu ihtilâfla ilgili olarak MÖHUK'ta basamaklı bağlanma noktaları tanzim edilmiş ise ve de olaya uygulanacak yabancı hukukun ilgili (maddî veya kanunlar ihtilâfî) hükümleri tüm araştırma-

⁶⁵ Nomer Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972, s.114, 120.

⁶⁶ MÖHUK md.13/3f. Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

⁶⁷ MÖHUK md.14/1f. Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

hukuklara rağmen hiçbir şekilde tespit edilememiş ise doğrudan Türk maddî hukuku uygulanmamalıdır; bunun yerine kanunda sayılan diğer bağlanma noktalarını dikkate alarak hukukta ihtilâfî çözümlenmek gerekir. Kanaatimizce MÖHUK'un 2.maddesinin 2.fıkra hükmü parçasıncak bu şekilde yorumlandığı vakit "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti"ne hizmet etmiş olacaktır.

MÖHUK' Yabancı hukukun ilgili hükümlerinin mahkemelerce tespit edilemediği hallerde, düzenlex fori'nin uygulanabilmesi için yabancı hukukun içeriğinin mahkemece "makul sülî hukuk" içerisinde bulunamıyor olması veya taraflarca sunulamıyor olması gerekir. Mukamla breseli hukukta "makul süre" kavramına kanunlarında yer verildiği görülmektedir. rdığı hıvusturya⁶⁸, Belçika⁶⁹ ve Çek⁷⁰ hukuklarının milletlerarası özel hukuk kanunları bu MÖHUK'turuma birer örnektir. Söz konusu ülkelerin kanun metinlerinde açıkça "makul süre" onusu badesi yer almaktadır.

ız gelin Kanaatimizce MÖHUK'un 2. maddesinin 2. fıkrası hükmü aşağıdaki şekilde yeşanlanmıden kaleme alınırsa uygulamada yaşanılacak olası tereddütlerin önüne geçilmiş olun bir yacaktır.

trmalat "Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen makul arak kişüre içinde tespit edilememesi hâlinde, öncelikle kanunda var olan o konu hakkınl hükümdeki yetkili kılınan diğer hukukun hükümleri, yoksa Türk maddî hukuku uygulanır."

k bağla Türk maddî hukukun içeriğine Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı sözleşmelerin de girdiğini benimsediğimiz için, "maddî" kelimesini madde hükmüne hukukunleemekle farklı bir yenilik getirilmiş olunacağını düşünmemekteyiz. Kanunun söz hukukunonusu maddesinin usule ilişkin bir düzenleme olması sebebiyle; mümkün mertebere reddütlere ve yanlış uygulamalara konu olmaması için açık ve detaylı şekilde düzenzulanacınmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Makul süre kavramından neyin anlaşılşanmanasının gerektiğini ise zaman içinde oluşacak mahkeme içtihatlarına bırakmayı uygun bir hükörüyoruz. Ancak kanaatimizce bu süre hiçbir hâl ve şartta, adil yargılanma hakkını hükümltadan kaldıracak kadar uzun bir süre olmamalıdır. Ayrıca bu sürenin takdiri, ihtilâfın malara iteliğine göre davadan davaya değişebilecektir. Mahkeme, en kısa sürede yabancı ise, hâlukuk hakkında bilgi edinebilmek için sahip olduğu tüm imkânları eş zamanlı olarak hukukuvreye sokabilir. Genelde mahkemeler yabancı hukukun temini için sıralı yöntemlere UK'un şıvrurmaktadırlar. Önce tarafların yardımı istenmekte bundan bir sonuç elde edileu uygulezse, diğer alternatiflere sıralı olarak başvurumaktadırlar. Oysa hâkimler, tensip zaptı e Milletlamasında yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi için önceden karar alırlar ise, lgi edinme süresini çok daha öne çekmiş olacaklardır.

ı götürel Keza bu süreyi tespit ederken, dikkate alınacak başkaca bir kriter daha olabilir. ilgili ol da yabancı hukukun uygulanmasında menfaati bulunmayan taraf için de bu sürenin ya uygun bir süre olarak değerlendirilmeyecek olması gerekir.

araştırm Ayrıca kimi sözleşmelerin uygulanması bakımından yabancı hukukun maddî hukuk hükümlerinin makul süre içinde tespit edilmesi gerekmektedir. Buna örnek arak 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukukî Veçheleri Hakkında La

arafların a hukuku uy

Kanunun §4(2) maddesine göre: Ayrıntılı tüm araştırmalara rağmen makul bir süre zarfında yabancı hukukuna tük hakkında bilgi edinilemez ise, Avusturya hukuku uygulanır.

ıdığı takd 3kz. Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 15.2.II. hükmü.

3kz. Çek Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 53 hükmü.

Haye Sözleşmesini gösterebiliriz. Sözleşme gereğince çocuğu alıkoyan kişinin, çocuğun mutad mesken hukukuna göre geçerli bir koruma hakkına sahip olup olmadığının tespiti gereklidir. Çocuğun iadesi bakımından yabancı hukukun ilgili hükümlerinin biran önce tespiti ve tayini önem arz edecektir. Bu durum, çocuğun üstün menfaatine hizmet etmesi açısından da önem taşıyacaktır.

J. Mukayeseli Hukuk Bakımından Yabancı Hukukun Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

a. Alman Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Alman Hukukunda ihtilâfa uygulanacak olan yetkili yabancı hukuk hükümlerini hâkim re'sen araştırmak ve uygulamak zorundadır. Mahkemeler tarafından yabancı hukuk hükümlerinin detaylı olarak araştırılması gereklidir⁷¹.

Şayet yabancı hukukla ilgili hiçbir bilgiye ulaşılamaz ve de ihtilâfla ilgili başka bir yetkili hukuk var ise o hukuk uygulanır, bu da yoksa ancak o zaman Alman maddî hukuk hükümleri uygulanmaktadır. Yabancı hukukun ilgili hükümlerinin tespit edilememesi ise son derece istisnâî hallerde söz konusu olmaktadır. Bu duruma örnek olarak; uygulanacak olan yabancı hukukun tabi olduğu ülkede ihtilâl olmuş olması ve buna bağlı olarak geçerli hukuk düzeni hakkında sağlıklı bilgiye ulaşılamaması hali gösterilebilir⁷².

b. İtalyan Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

İtalyan hukukuna göre, şayet hâkim, tarafların yardımından bağımsız olarak tüm araştırmalarına rağmen yetkili yabancı hukukun maddî içeriğine ulaşamaz ise, o takdirde, ihtilâfa ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarının gösterdiği diğer hukukun hükümlerine göre ihtilâfî çözecektir. Şayet kanunlar ihtilâfî kurallarına göre yetkili başka bir hukuk yok ise, o takdirde İtalyan maddî hukuk hükümlerini uygulayarak ihtilâfî çözecektir^{73 74}.

c. Fransız Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Fransız hâkimi tüm araştırmalara rağmen kanunlar ihtilâfî kuralları çerçevesinde yetkili yabancı hukukun muhtevasını tespit edemez ise, ihtilâf Fransız maddî hukuk hü-

⁷¹ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.108.

⁷² Dannemann Gerhard, Establishing Foreign Law in a German Court, sy 4. dipnot, 24. (www.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw.htm); Bkz. Ayrıca, Rainer Hausmann, Pleading a Proof of Foreign Law- A comparative Analysis, The European Legal Forum, Sayı 1-2008, s.7-9.

⁷³ Bkz. İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 14/2f hükmü.

⁷⁴ Bkz. 31 Mayıs 1995 Tarihli ve 218 sayılı İtalyan Devletler Özel Hukuku Kanununun 14. Maddesinin 2.fıkra hükmü. Ayrıca, Rainer Hausmann, Pleading a Proof of Foreign Law- A comparative Analysis, The European Legal Forum, Sayı 1-2008, s.11.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

kümlerine göre çözümlenecektir. Fransız hukukunda bu kurala “Lautour-Thinet” kuralı denmektedir⁷⁵.

d. İngiliz Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

İngiliz hukukunda yabancı hukuk, maddî bir vakıa olarak dikkate alınmaktadır⁷⁶. Ancak istisnâî olarak mahkemenin yabancı hukuk hükümlerini yanlış uyguladığı hallerde, temyiz mahkemesi yabancı hukuku, maddî bir vakıa olarak nitelendirmeyip “hukuk” olarak dikkate almaktadır⁷⁷.

Hâkim yabancı hukukun ilgi hükümlerini re’sen araştırmaz bunun yerine tarafların bunu ibraz etmeleri ve ispat etmeleri gerekir. Şayet bu hukuk taraflarca mahkemeye ibraz edilmez ise, İngiliz maddî hukuk hükümleri uygulanarak ihtilaf çözülmektedir⁷⁸.⁷⁹ İngiliz mahkemeleri burada bir varsayımdan hareket etmektedirler. Bu varsayımda yabancı hukuk hükmünün, iç hukuk hükümleriyle aynı olduğu faraziyesidir.

e. İrlanda Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

İrlanda hukukunda da, yabancı hukuk, maddî bir vakıa olarak dikkate alınmaktadır. Ancak yabancı hukukun yanlış uygulanması sebebiyle temyiz edildiği hallerde, üst derece mahkemesince yabancı hukuk, “hukuk” olarak dikkate alınmaktadır⁸⁰.

f. Lüksemburg Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Lüksemburg hukukunda da, yabancı hukuk, maddî bir vakıa olarak dikkate alınmakta ve uygulanmaktadır. Lüksemburg mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğini araştırabilme hakları vardır ancak bulma yükümlülükleri yoktur. Keza taraflar için de yabancı hukukun uygulanmasını talep etme zorunluluğu yoktur ancak böyle bir talepte bulunduğu vakit, içeriğinin ve hükümlerinin mahkemeye ibraz edilmesi zorunludur⁸¹.

⁷⁵ Hartley C. Trevor, Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, International and Comparative Law Quarterly, April 1996, Vol 45,s. 280. Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.192.

⁷⁶ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, Application of Foreign Law, 2011, Münih, s.14.

⁷⁷ Macmillan Inc v Bishopsgate Investment Trust Plc (No 4) 1999, Commercial Law Cases, 417.

⁷⁸ Hartley C. Trevor, Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, International and Comparative Law Quarterly, April 1996, Vol 45,s. 283. İngiliz hukukunda istisnâî olarak hâkim’in re’sen hareket ederek yabancı hukuku uyguladığı davalar da bulunmaktadır. Nitekim 1859 tarihli British Law Ascertainment Act kapsamında tarafların hiçbiri yabancı hukuku ileri sürmemekle birlikte re’sen yabancı hukukun dikkate alındığı da olmuştur. Bkz. Topham v. Duke of Portland (1863) , Duke of Portland v. Topham (1864), Eglinton v. Lamb (1867). Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s. 14.

⁷⁹ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.72, 396,402. Bkz. Parker v TUI UK Ltd (2009) England Court of Appeal Civil 1261.

⁸⁰ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s. 15.

⁸¹ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s. 15. Bkz. 5.11.1997 tarih ve No: 3/97 sayılı Tribunal d’arrondissement Luxemburg kararı.

Şayet yabancı hukukun ilgili hükümleri mahkemenin bilgisine sunulamaz ise Lüksemburg maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır⁸².

g. İspanya Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

İspanya hukukunda, mahkemelerin yabancılık unsuru bulunan ihtilâflarda kanunlar ihtilâfî kurallarını dikkate almaları ve uygulamaları zorunludur. Bu zorunluluk İspanyol Medenî Kanununun 12. maddesinin 6.fıkra hükmünden kaynaklanmaktadır. Söz konusu bu yükümlülük gereği İspanyol mahkemeleri yabancı hukuk hükmünü uygulamakla mükelleftir ancak içeriğini bulmakla yükümlü değildir⁸³. Bu konuda tarafların hâkime yardımcı olmaları gerekmektedir ve bu husus taraflar için bir mükellefiyettir⁸⁴. Ancak taraflar yabancı hukukun içeriği hakkında bilgiyi mahkemeye ibraz edemezler ise, İspanyol maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır. İspanya Temyiz Mahkemesi 3. Dairesinin verdiği bir kararda ise iş davaları bakımından bir istisna getirilmiştir⁸⁵. İş davaları bakımından yetkili yabancı hukukun ilgili hükümlerinin bulunmadığı hallerde, doğrudan İspanyol hukukunu uygulamak yerine ilk derece mahkemesinin talebi reddetmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁶.

h. Hollanda Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Hollanda hukukunda, yabancı hukuk, mahkeme içtihatlarına istinaden maddî bir vakia olarak değil, bilakis “hukuk” olarak dikkate alınmaktadır. Ancak bu niteliğine rağmen temyiz mahkemesi her ne kadar yetkisi dâhilinde olmasa da⁸⁷ yabancı hukukun yanlış uygulanması durumunda bu hususu dikkate almaktadır. Doktrine⁸⁸ göre, yabancı hukuk, Hollanda hukuku bakımından ne bir “hukuk” ne de “maddî vakia”dır. Yabancı hukukun usul hukuku bakımından değerlendirilmesi “tertium genius” olarak adlandırılmaktadır⁸⁹. Bu kavram, “hukuk” ile “maddî vakia” arasında kalmış olan ara bir türü ifade etmektedir. Yabancı hukukun hükümlerinin tespitinde mahkeme, tarafların yardımını talep edebilir. Ancak bununla bağlı değildir⁹⁰. Hollanda hukukuna göre, mahkemeler, yabancılık unsuru taşıyan ihtilâflar hakkında -şayet aynı sonuca hizmet ede-

⁸² Bkz. Tribunal d'arrondissement Lüksemburg, 28.1.1987 tarihli 58/87 sayılı yayınlanmamış kararı. Ayrıca aynı mahkemenin 8.1.1992 tarih ve 2/92 sayılı yayınlanmamış kararı. Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.260.

⁸³ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.358-359.

⁸⁴ Bkz. İspanyol Usul Kanunu madde 281/2(a). (Örf adet hukuku ile yabancı hukuk isbata tâbidir. Yabancı hukukun içeriği ve geçerliliği isbata tabidir. Hâkim gerekli gördüğü ve lüzumlu bulduğu hallerde yabancı hukuk hükmünün yorumu için gerekli araştırılmanın yapılmasına hükmedebilir.

⁸⁵ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.71.

⁸⁶ Bkz. Las Palmas ilk derece mahkemesinin verdiği 13.06.2008 tarihli kararı. El Derecho Jurisprudencia 2008/158367; Castellon ilk derece mahkemesinin verdiği 15.07.2009 tarihli karar.

⁸⁷ Bkz. Yargı Teşkilatı Hakkında Kanun md.70.

⁸⁸ Van Den Eeckhout, The Netherlands, p.378.

⁸⁹ Bir nevi üçüncü tür olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo sy.17

⁹⁰ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.381.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

cek ise- yabancı hukuku uygulamak yerine, lex fori'yi de uygulayarak uyumsuzluğu hükme bağlayabilir⁹¹.

i. Avusturya Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Avusturya hukukuna göre, tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükmünün makul süre zarfında bulunamaması halinde, Avusturya maddî hukuk hükümleri uygulanarak ihtilâf çözüme kavuşturulacaktır⁹².

j. Belçika Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Belçika hukukuna göre, tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükmü makul bir süre içinde bulunamaz ise, Belçika maddî hukuk hükümleri uygulanarak ihtilâf çözüme kavuşturulacaktır⁹³.

k. Polonya Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Polonya hukukuna göre, mahkeme tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükmünü bulamaz ise, Polonya maddî hukuk hükümlerini uygulayarak ihtilâfî çözüme kavuşturacaktır⁹⁴.

l. Portekiz Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Portekiz hukukuna göre, mahkeme tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükmünü bulamaz ise, Portekiz maddî hukuk hükümlerini uygulayarak ihtilâfî çözüme kavuşturacaktır^{95,96}. Ancak Portekiz maddî hukukunu uygulamadan önce, ihtilâfla ilgili uygulanabilecek olan başka bir kanunlar ihtilâfî kuralının mevcut olup olmadığını araştırmak zorundadır⁹⁷. Portekiz hukuku mahkemeye böyle bir alternatif sunmaktadır. Portekiz mahkemeleri, taraflar yabancı hukuk hakkında bilgi sunmasalar bile, yabancı hukukun ilgili hükümlerini re'sen araştırıp bulmak zorundadır. Ancak bu araştırma tamamlanıp, yabancı hukukla ilgili hüküm bulunamazsa maddî hukuk hükümleri uygulanabilecektir⁹⁸.

⁹¹ Geeroms Sofia, Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis, Mart,2004,Oxford,s.52-53, 215.

⁹² Bkz.IPRG Madde §4(2).

⁹³ Bkz. Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, madde 15.2.II hükmü.

⁹⁴ Bkz. Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 7 hükmü.

⁹⁵ Bkz. Portekiz Medeni Kanunu madde 348 hükmü.

⁹⁶ Bkz. Portekiz Medeni Kanunu madde 348/3f hükmü.

⁹⁷ Bkz. Portekiz Medeni Kanunu madde 23 hükmü.

⁹⁸ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.303. Bkz. Portekiz Medeni Kanunu madde 348/2f hükmü.

m. Slovenya Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Slovenya hukukuna göre, mahkeme tüm araştırmalara rağmen, yabancı hukukun olaya uygulanacak ilgili hükmünü bulamaz ise, Slovenya maddî hukuk hükümlerini uygulayarak ihtilâfî çözüme kavuşturacaktır⁹⁹.

n. Bulgaristan Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Bulgaristan hukukunda yabancı hukukun içeriğini bulma mükellefiyeti, Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 43. Maddesinde; yabancı hukukun yorumu ve uygulanması ise 44. madde hükmünde düzenlenmiştir.

Bulgaristan hukukuna göre, mahkeme tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükümlerini bulamaz ise, ikili bir alternatifte sahiptir. Bir ihtimal yabancı hukukun olaya uygulanabilecek ilgili diğer hükümlerini araştırıp, uygulayabilir. İkinci bir alternatif olarak da bizzat Bulgar maddî hukukunu uygulayarak ihtilâfî çözebilir¹⁰⁰.

o. Yunanistan Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Yunanistan hukukuna göre, tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükmü bulunamaz ise, Yunanistan maddî hukuk hükümleri uygulanarak ihtilâf çözüme kavuşturulacaktır¹⁰¹.

p. Macaristan Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Macar hukukuna göre, tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükümleri bulunamaz ise, Macar maddî hukuk hükümleri uygulanarak ihtilâf çözüme kavuşturulacaktır¹⁰².

q. Romanya Hukukunda Yabancı Hukukun Hükümlerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk

Romanya hukukuna göre, hâkim tüm araştırmalara rağmen, yabancı kanunun olaya uygulanacak ilgili hükümlerini bulamaz ise, Roman maddî hukuk hükümlerini uygulayarak ihtilâfî çözüme kavuşturacaktır¹⁰³.

r. Akitlere Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Konseyi Tüzüğü (Rome I) Kapsamında Yabancı Hukuk Hükümlerinin Uygulanması

17.06.2008 Tarihli ve 593/2008 sayılı Akitlere Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü'nün¹⁰⁴ 1. maddesinin 3. fıkra hükmüne göre Tüzük hükümleri usule ve delillere

⁹⁹ Bkz. Portekiz Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun madde 12/4f. hükmü.

¹⁰⁰ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.70.

¹⁰¹ Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.70, 206.

¹⁰² Esplugues Carlos/ Iglesias Luis Jose/Palao Guillermo, s.71.

¹⁰³ Bkz. Romanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 105 sayılı ve 1992 tarihli Kanun madde 7/3f hükmü. RG: 26.10.1993 sayı 254.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

uygulanmayacaktır. Tüzüğün 18. madde hükmüne göre ise akdi ilişkilerde yetkili yabancı hukukun taraflarca bir vakıa olarak mahkemeye sunulması gerekmektedir. Yoksa hâkim tarafından re'sen araştırılmamaktadır. Şu halde Tüzük kapsamında yetkili yabancı hukukun ilgili hükümleri taraflarca mahkemeye ibraz edilmezler ise ve de taraflar 3. madde anlamında başka bir hukuk seçmemişler ise mahkeme lex fori'yi uygulayarak ihtilâfi çözecektir. Tüzük taraflara hukuk seçimi imkânı tanımış ancak seçilen hukukun re'sen araştırılması mükellefiyetini mahkemelere yüklememiştir. Ancak istisnaî olarak zayıf tarafın korunmasının gerektiği akdi ilişkilerde söz gelimi yolcu taşıma sözleşmelerinde (Tüzük md. 5/2), tüketici akitlerinde (md. 6), sigorta akitlerinde (md.7) ve iş akitlerinde (md. 8) yetkili yabancı hukuku uygulayacak olan hâkimin re'sen bu hukuku araştırması ve uygulaması gerekmektedir. Bu husus, ekonomik olarak zayıf tarafın korunmasının gerekmesinden kaynaklanmaktadır.

Sonuç

Her hukuk dalı gibi, Milletlerarası Özel Hukuk da adaleti sağlama amaç ve niyetini taşımaktadır. Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin tesisi ise iki şekilde gerçekleştirilebilir. Öncelikle kanun koyucunun, hayat ilişkisine uygulanacak hukuk normunu tanzim ederken; o hukukî ilişkinin niteliğine göre taraflar ve ihtilâf için en sıkı irtibatlı tesis eden objektif bağlanma noktasını seçmesi gereklidir. Akabinde de mahkemelerin, -kamu düzeni- engeli istisna olmak kaydıyla, yabancı hukuk hükmünü, tabi olduğu yabancı hukuktaki gibi yorumlayıp, uygulamaları gereklidir.

Yabancı hukukun davada tâbi olacağı usul tespit edilirken, dava unsurları, esas olarak “hukukî unsur” ve “vakıa unsuru” olarak ayrılmaktadır. Ancak yabancı hukukun hem maddî hukuk hem de bir vakıa olarak ele alındığı hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Doktrinde yabancı hukukun her iki şekilde dikkate alınmasına “melez (hibrid) değerlendirme” denilmektedir. Letonya ve Litvanya bu duruma örnek olarak usulü değerlendirme yapan hukuklardır. Söz konusu bu iki ülkede, uluslararası sözleşmeler gereğince yabancı hukukun uygulandığı hallerde, “yabancı hukuk”, maddî hukuk olarak dikkate alınmaktadır. Buna mukabil, taraf iradesine tabi olan akitler bakımından ise yabancı hukuk uygulanacak olduğunda, mahkemeler bu hukuku “maddî vakıa” olarak dikkate almaktadır. Özellikle Letonya’da taraflar yabancı hukukun uygulanmasını talep ettikleri vakit, bu hukukun ilgili maddî hukuk hükümlerini mahkemeye ibraz etmeleri beklenmektedir.

MÖHUK gereğince bağlanma noktası, hâkimi yabancı bir hukuka götürebileceği gibi Türk hukukuna da götürebilir. Ancak bağlanma konusu ihtilâfla ilgili olarak MÖHUK’ta basamaklı bağlanma noktaları tanzim edilmiş ise ve de olaya uygulanacak yabancı hukukun ilgili (maddî veya kanunlar ihtilâfi) hükümleri tüm araştırmalara rağmen hiçbir şekilde tespit edilememiş ise doğrudan Türk maddî hukuku uygulanmamalıdır; bunun yerine kanunda sayılan diğer bağlanma noktaları dikkate alınarak ihtilâf çözümlenmelidir.

Kanaatimizce MÖHUK’un 2.maddesinin 2.fıkra hükmü ancak bu şekilde yorumlandığı vakit “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti”ne hizmet etmiş olacaktır.

¹⁰⁴ Topluluk Resmi Gazetesi: OJ: 04.07.2008 L 177 sayfa 6-16.

Kanaatimizce MÖHUK'un 2. maddesinin 2. fıkrası hükmü aşağıdaki şekilde yeniden kaleme alınırsa uygulamada yaşanacak olası tereddütlerin önüne geçilmiş olacaktır.

"Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen makul süre içinde tespit edilememesi hâlinde, öncelikle kanunda var olan o konu hakkındaki yetkili kalınan diğer hukukun hükümleri, yoksa Türk maddî hukuku uygulanır."

Türk mahkemelerinin yabancı hukuku uygularken hangi tarihteki düzenlenmesini dikkate almaları gerektiği ise çalışmamızda incelediğimiz hususlardan bir diğeridir. MÖHUK'un 3. maddesindeki genel kurala istisna olarak akitler bakımından kanaatimizce farklı bir yorum yapmak mümkün olabilir. MÖHUK'un 24. madde düzenlenmesini tüm akdî ilişkiler bakımından getirilen özel bir kural olarak kabul ederek, zaman faktörü bakımından "sözleşmenin kurulduğu tarih" kriterinin kanunda sayılan diğer akit tipleri için de uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Alpa, Guido: Foreign Law in International Legal Practise: An Italian Perspective, Texas International Law Journal, Vol 36, 495, 2001.

Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, İstanbul, 2010.

Dannemann, Gerhard: Establishing Foreign Law in a German Court (Tebliğ metni, The British Institute of International and Comparative Law and The British-German Jurists Association tarafından düzenlenen Joint Workshops on Comparative Litigation Practice isimli ilk oturumda 30 June 1994 tarihinde sunulmuştur.)

Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2010.

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997.

Esplugues, Carlos/Iglesias, Luis Jose/Palao, Guillermo: Application of Foreign Law, 2011, Münih.

Geeroms, Sofia: Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis, Mart,2004,Oxford.

Hartley, C. Trevor: Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, International and Comparative Law Quarterly, April 1996, Vol 45.

Jareborg, Jantera Maarit: Foreign Law in National Courts, A Comparative Perspective, Recueil des Cours, Vol 304,2003.

Nomer, Ergin: Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972.

Nomer, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, 2011.

Rainer, Hausmann: Pleading a Proof of Foreign Law- A comparative Analysis, The European Legal Forum, Sayı 1-2008, s.11.

Tekinay, Selahattin Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul, 1973.

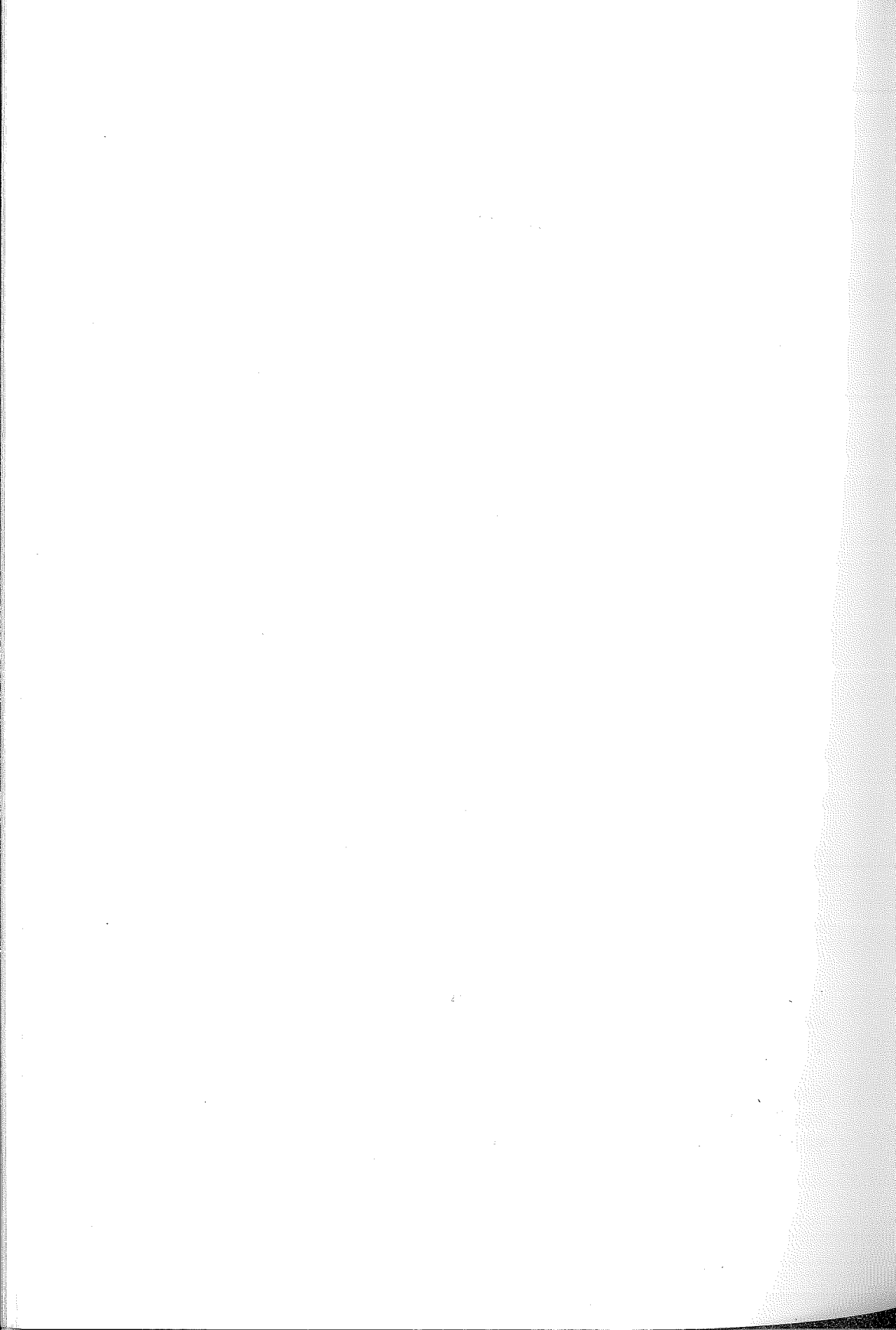
Vahapoğlu, Erol Ayten: İslâm Devletler Hususî Hukukunda Yabancı Unsurlu İhtilâflar (Şahıs, Aile, Miras), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslâm Bilimleri, İslâm Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2004.

Elektronik Kaynaklar

www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_02_en.PDF

www.kazanci.com

www.iuscomp.org/gla/literature/foreignlaw.htm



ACCOUNTING UNDER A HOLISTIC FOCUS WITH REGARD TO
PHILOSOPHY, ETHICS AND LAW - A CRITIQUE ON THE
CONVERGENCE PROCESS FROM RULES-BASED TO
PRINCIPLES-BASED ACCOUNTING

(HUKUK, KÜLTÜR, ETİK VE FELSEFE AÇISINDAN MUHASEBE BİLİMİNE BÜTÜNSEL
YAKLAŞIM - KURAL-TEMELLİ MUHASEBE VE İLKE-TEMELLİ MUHASEBE SİSTEMİNİN
YAKINLAŞMASINA ELEŞTİREL BAKIŞ)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Can Tansel KAYA*

The "lifeblood" of United States capital markets is financial information that is: (1) comparable from firm to firm; (2) relevant to investment and financing decisions; (3) a reliable and faithful depiction of economic reality; and (4) neutral, favoring neither supplier nor user of capital; neither buyer nor seller of securities" (FASB, 2002).

ÖZET

Bu çalışmanın amacı muhasebe biliminin, ait olduğu toplumda, sosyo-kültürel köklerinden ayrılmaz bir disiplin olduğunun önemini vurgulamaktır. Muhasebe kuralları, ilkeleri ve standartları iş dünyasının ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkar ve toplumun bu ihtiyacı (muhasebe) meslek örgütleri tarafından karşılanır. Toplumlar birçok etkenlerin bir araya gelmesiyle oluşan paylaşılan kültürel değerler üzerine kurulmuştur. Bu değerler toplamı - toplumsal akıl programlanması- bir anlamda programlanmış toplumsal düşünce anlamına da gelmektedir. Ulusal muhasebe standartlarının hazırlanma sürecinde ulusal/yerel ihtiyaçlar daha fazla dikkate alınırken, şu an devam etmekte olan yakınlaşma oluşumu, Amerikan Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri ile Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nı birleştirme yönünde olup; kural ve ilke-temelli muhasebe yapılarını böylece aynı çatı altında birleştirmektedir. Bu birleşmenin ana amacı, işletmelerin gerçek iktisadi durumlarını ve performanslarını gösterebilmek olup, bu amacına ek olarak da genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine ters düşen uygulamaları, bir kısım muhasebe uygulamalarına sınır getirerek ortadan kaldırmaktır. Ancak kural-temelli olan Amerikan Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri'nden, kısmen de olsa subjektif sayılabilecek olan ilke-temelli olan Uluslararası Finansal Raporlama Standartları yönüne bir değişim, soru işaretleri yaratmaktadır. (Doğal olarak) hiçbir kurul ya da komitenin hile ve etik dışı davranışa sıcak bakmadığı; beyaz-yakalılarının neden olduğu hilelere sert yaptırımlar uygulanmasına karşın, günümüzde halen dahi muhasebe dünyasının geniş boyutlu skandallara şahit olması, bahsi geçen soru işaretlerine temel oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kural-temelli, ilke-temelli, Roma hukuku, Anglo-Sakson hukuku, Norwalk, yakınlaşma.

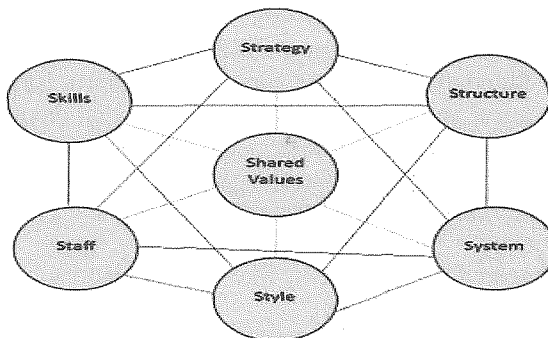
* Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management, e-mail: can.kaya@yeditepe.edu.tr

ABSTRACT

The aim of this paper is to put emphasis on the notion that accounting is a discipline inseparable from socio-cultural roots within the societies it belongs. Accounting rules, principles, and standards stem from the needs of the business societies, constructed by the accountancy bodies to fulfill the needs of the public. Societies are formed of shared cultural values - collective programming of the mind- which are constructed over long periods of time with the mingling of many ingredients. While the national accounting standards are formed by taking the local basis more into account, the current cooperative effort is to establish convergence between the United States Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP) and the International Financial Reporting Standards (IFRS). This effort strives for bringing the rules-based and the principles-based accounting treatments under one roof. While the aim of such convergence is to portray the real economic position and performance of businesses to enhance accounting quality and minimize earnings management and earnings smoothing simply through eliminating (accounting methods) alternatives, making a shift from the rules-based US GAAP to a considerably more subjective system of principles-based IFRS raises concerns. The fact that no board or committee promotes fraud or mischief, on the contrary establishes harsh penalties in cooperation with other institutions; yet the world of accounting witnesses scandals with greater volumes, as in the examples of last decade, originates the source of the mentioned concerns.

Keywords: Rules-based, principles-based, Roman law, Anglo-Saxon law, Norwalk Agreement, convergence

Accounting is the common language of the financial world. It acts as the nerve system of businesses. Businesses function upon shared values, which are constructed and blended with the remaining six of the overall seven Ss within the framework of McKinsey. Shared values could also be defined as the culture of the organization as in the form of "our way of doing".



McKinsey Seven "S" Model

Hofstede (1994) defines culture as the collective programming of the mind which distinguishes the members of one human group from another; and may further be defined as a *societal harvest*, originates from human interactions; develops over time ... and eventually establishes a cultural system (Yahyagil, 2011). Business organizations are considered to be major players in societies. Therefore, it is fair to state that accounting discipline has direct influence over the social structure of the business organization and indirectly on other social institutions (Francis, cited in Laing, 1990). The *accountant* is defined as the professional responsible for maintaining financial records for the recording process. Maintained records, which reflect the past as they are in their raw substance, do not mean much for the business. When the accountant separates themselves from the bookkeeper identity and acts as a decision maker, then the past accounting data is converted into information to mean something for the business. *This is a task that requires the identification and selection of the real world events upon which the information is to be based, the measurement of these events and the assimilation of these measurements into an appropriate form for presentation to and employment by the information user. Together these activities represent the purposeful process of communication that is accounting* (Nørreklit et al., 2010). The prerequisite for accounting for the past to be able to draw conclusions for the future is objectivity which leads to transparency. Accounting information should be constructed on grounds far from bias and manipulation that the only fashion to achieve comparability and reliability is by employing the perception of *just* accounting. This statement deserves attention not only to establish the distinction between justice and law in terms of accounting, but to filter the objectives of accounting through a philosophical stand as well.

Among all, it is the rules of law that are primary and the most important to regulate societies (Adal, 2009). From this stance, it is impossible to detach law and accounting from each other, since, as mentioned earlier, accounting discipline eventually influences social institutions, and ultimately societies. Justice in accounting demands for an infinite fairness in financial reporting. Law, as the exercise of justice, is manifest in accounting through the regulatory attempts to enact, or implement, fairness in accounts, that is, through company law and financial reporting standards. The distinction between, accounting fairness and the regulations that seek to enact it, is just as difficult and unstable as the distinction between justice and law, from which it is derived (McKernan and Kosmala, 2007).

As for the second part of the above mentioned statement concerning the concept of *just* accounting, a comparison of traditional and genealogical genres of historical approaches is required. Traditional historian approach allocates the entire focus of the research to reveal what has happened in the past - in search of the truth so to speak. Genealogical historian approach, however, refuses to reveal what has happened in the past, but rather, yearns to reveal fictions about the present. In other words, in search of *truth*, it is more essential to show how the "truth" is made, not discovered. In doing so, however, the main effort is not to display how the present is better than the past, thus revealing how western civilization has progressed with time. Within a genealogical perspective, because the present seems just as strange as the past, the focal point is not

to view the present as familiar and seeming natural and inevitable, but it is to look for and document this strangeness (Macintosh, 2009).

Accountant's Dilemma

What is the primary objective of all businesses? The conventional answer to this question given to undergraduate students in almost every business school would be *to maximize shareholders' wealth*. Martin (2011) views the theories of shareholder value maximization as a dangerous base to build crisis that have the ability to destroy economies, and rot out the core of American capitalism. He states that these profit maximization theories underpin regulatory fixes instituted after each market bubble and crash; and since these fixes begin from the wrong premise, they will be ineffectual; until the theories are changed, future crashes are inevitable. While business performance is best evaluated based on financial figures such as profit, earning per share etc, this creates a myopic behavior on the management; that business, especially the accountant, fails to allocate the necessary emphasis on the other aspects of the overall business operations. These are the areas which are not considered as the main functions of the business such as accounting or marketing; rather issues surrounding the non-materialistic values in the form of corporate social responsibility (CSR). Herbert Simon¹ suggests the *satisficing*² behavior towards profit generation rather than *maximizing* behavior (Lipczynski, 2007). A large corpus of research has uncovered immense amount of wrongdoings in the financial world. Having recently witnessed to see bank failures and market meltdowns have signified once more about these white collar fraudulent actions. Federal Bureau of Investigation (FBI) reports that white collar crime in the United States is somewhere between 50-200 billion USD annual (Kaya, 2002). Because the backlash against the scale of corporate mismanagement has been extreme, and nowhere more so than in the United States –a rules-based system, the Sarbanes-Oxley (SOX) bill has been passed into law in 2002, which imposed *Kafkaesque* regulations on publicly traded companies in an attempt to minimize, or wipe out fraudulent actions overall (Scheepbouwer, 2003). The fact of the matter is, since the passage of SOX, more accounting scandals have surfaced. Today, having witnessed the passage of SOX and still going through a hectic decade in terms of scandals, in a way, makes SOX seem like a palliative solution for an obviously colossal set of accumulated problems that have smeared like viruses into the world of accounting. Moral and ethics depleted global business environment gesticulates in such a manner that financial systems seem to witness more catastrophes in the future. Lehman (2004) questions the reasons of this ethical depletion within our societies and link the current ill state of the accounting profession to the loss of religious values in modern society. From this point, are we to question the extent of locus of control and work to better understand the areas we as humans are capable to change; or simply give up and accept the fact that all future failures within the scope of business operations are of kismet? Nietzsche

¹ Herbert Simon suggested that managers should focus on satisfactory levels of profit rather than aggressively yearning for profit maximization. He also makes it clear that if the profits should go lower than the satisfactory profit level, then this will lead the shareholders to sell their shares which will jeopardize the firm's market value of market cap.

² Simon combined the words *satisfy* and *suffice*; called it *satisfice*, in a format of portmanteau. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

argued that it is time for people to turn away from the meekness and humility of Christianity's 'slave-morality', and instead stake out a place in the world according to humanity's 'will to power' (Stangroom, 2006).

To start, it is crystal clear that the accounting individual has to grasp the very necessary ingredients of ethics and law; specifically business law to become more aware of the probable consequences his/her actions will cause to himself/herself, to his/her organization; to the general society and therefore eventually to the general welfare of humanity, of which he/she is a member of. According to Andrews (1989), work ethics, among other things, depend on educating decision makers with high standards of ethics. According to Blanthorne *et al.* (2007) 95% of the accounting academics in the United States agree that ethics should be taught to accounting students. As mentioned earlier in the paper, business and society both suffer a great deal from the dishonest behaviors such as fraudulent actions, embezzlements, well organized collusions and cyber cheating. Nevertheless, the present conventional cybernetic control systems, even if being supported with the modern management proactive control systems are not sufficient enough to plug the leakages caused by the said unethical conducts. Companies search for the new type of employees, managers and leaders having correct attitude, work ethics, personal integrity, and sense of dedication. That is why the traditional way of strictly hiring based on grade point average and class rank is fading away. Within this context, business schools are expected to provide the students with not only the best academic potential, but also develop the personal traits of integrity. Otherwise, violation of academic integrity and, in turn business honesty will continue to deteriorate the moral norms and drain the financial resources of companies, municipalities and state departments, which will ultimately result in higher costs of product and taxes to society (Kaya, 2010). As for Japan, according to Sugahara and Boland (2011), over 90% of accounting faculties believed that ethics should be taught in the accounting curriculum. In almost all business schools, students are exposed to the teaching of law as soon as they start their degree program. According to Gale (2007), there is a need to ensure that students are getting a relevant introduction to law as without this disengagement, low pass rates and general ennui will and do follow whereas with it students may be equipped for further legal study enervated by their first brushes with the discipline and these will surely make better business employees and managers in due course. The paraphernalia of consumerism surrounds us in our everyday lives (Falk and Campbell, 1997). This creates such harsh competition for businesses to increase their market share and maximize shareholders' wealth, that members of business organizations are driven to excel their assigned tasks in order to meet the corporate objectives, which will enable them to keep their current employment status. As businesses are so much drowned into the profit motive, search for loopholes increase. Recent debacles in the financial world raised noteworthy questions about the sufficiency of the standards. The current questionable status of accounting practices may benefit from genealogy to cure their weaknesses. Further, Macintosh (2006) describes attitudes of the *accountant* through readings of Harry Frankfurt, which sheds light on the current state of the average characteristics of the *accountant*. He proposes three categories of an accountant; the truth-teller, the liar, and the spinner. A truth-teller accountant is one who dutifully, and to the best of their ability, tries

to comply with both the form and the substance of promulgated GAAP. Within this category, the accountant does believe that the financial statement they produce do indeed represent a true and fair view of the actual economic affairs of the enterprise. As for the liar accountant, this type deliberately falsifies the financial statements in order to fool stock market players in order to manipulate the stock prices, often for personal gain. The accounting liar typifies individuals that the popular press, and most academic accountants, see as the financial officers at companies all the way from Enron³, WorldCom, Tyco, AOL Time Warner, Adelphi Communications, Bristol-Myers, Squibb, Global Crossing, Kmart, Xerox, Merck, Mirant; to Nicor Energy, Pereque Systems, Dynergy, El Paso, and Reliant Energy, who are generally thought to have perpetrated accounting "scandals". Paradoxically, both the truth teller and the liar are seriously concerned with and have a stake in "knowing" the truth. They believe that there is an accounting truth that could be reported. Finally, it is the third type of accountant, the spinner, who should be the most worrisome for all concerned, according to Macintosh (2006). The spinner is indifferent to the truth of the object they are representing in their narratives. Ironically, then, they are not burdened with either the weight of the scruples that are carried by the truth-teller, or with the liar's fear of being exposed. Macintosh talks about the characteristics of a used car salesperson in connection to the spinner accountant:

The stereotype of the used car salesman is the archetypical spinner. He has a story he uses to sell the car. He tells potential buyers that the car is in great shape, that the mileage is very low for a car of this vintage, and that it was driven by an old professor who only took it out on Sundays and who faithfully followed the dealer's maintenance program. Crucially, he would tell this story regardless of whether he knew it to be true or false. The philosophical issue that arises with the car salesman is that he is not at all concerned with the truth, but is indifferent to the truth.

By the same token, the spinner accountant resembles the used car salesperson in ways that the spinner creates an accounting narrative about the enterprise in question after having followed procedure. In doing so, she is indifferent to whether the financial statements tell the truth. Within the ways the spinner accountant executes their financial expertise, they are only concerned to construct financial statements that accord with GAAP and which will *satisfy the market*⁴ for accounting information. While

³ The following are the "Our Values" of Enron:

Respect: We treat others as we would like to be treated ourselves. We do not tolerate abusive or disrespectful treatment. Ruthlessness, callousness, and arrogance don't belong here.

Integrity: We work with customers and prospects openly, honestly, and sincerely. When we say we will do something, we will do it; when we say we cannot or will not do something, then we won't do it.

Communication: We have an obligation to communicate. Here, we take the time to talk to one another ... and to listen. We believe that information is meant to move and that information moves people.

Excellence: We are satisfied with nothing less than the very best in everything we do. We will continue to raise the bar for everyone. The great fun here will be for all of us to discover just how good we can really be (Enron Corporation, 1998).

⁴ *Market* has been used as a broad term to define all stakeholders including the shareholders, the auditors, the employees, the board of directors, the investment analysts, the bankers, the officials of other financial institutions, the top executives, the SEC, the tax authorities, and all other related parties.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

the used car salesman's goal is to sell the car regardless of its true condition, the accounting spinner's goal is to satisfy these parties regardless of what may or may not be the true economic condition of the company. *The ends—telling a good story—dominate the means—the technical skills and experiences.*

In the light of the truth-teller, the liar, and the spinner natured accountants, it is fairly simple to note that today's accountant who leads the way to financial catastrophes is the spinner. The general belief by Macintosh, and the author, is that the accountants at Enron were not necessarily liars but simply spinner; in contrast, the accountants at WorldCom were liars since they deliberately and knowingly violated GAAP by treating expenses as capital expenditures.

Roman law, Common law, and Accounting

Among many factors which determine the nature of financial reporting in different societies, law by itself plays the most direct and important determining role. Roman law is structured upon a detailed codification system. From a general point of view, it comprehends all the laws which prevailed among the Romans, without the regard to the time of their origin (Adal, 2010). Even more, the impact of such detailed codification system is felt so much in accounting and financial reporting that the regulations within the framework of accounting and financial reporting in such countries have been constructed directly related to their law systems. As for Common law, rules of law have not been constructed under a detailed set of codification. Instead, verdict has been reached for each specific case based on previous cases. Because the Anglo-Saxon law system has not been regulated by heavy codification like the Roman law, the accounting and financial regulations have been developed by accountancy bodies (Şensoy, 2002). Max Weber has argued about the victory of the English common law over the clerical Roman law, but the current shift within the accounting world, which will be discussed later in the paper, in some ways, contradicts to this manifesto. While the above mentioned law systems have their differences in terms of accounting rules and regulations, nations even within the same law system do have some differences as well. Because the significantly large and appealing US and Canadian capital markets compel the foreign companies to report under their own accounting standards has created setbacks for these foreign companies for years (Kaya, 2003). In the name of eliminating these national differences in terms of the accounting language, there have been attempts for *accounting harmonization*. The term *harmonization* has later been replaced with *convergence*. Finally, in 2002, an official agreement has been established in Norwalk, Connecticut, known as the Norwalk agreement aiming at a convergence plan to bring the United States Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP) and International Financial Reporting Standards (IFRS) closer to each other in the name of creating a more unified accounting world among nations.

IFRS and the US GAAP

International Accounting Standards Committee (IASC) was formed in 1973 by professional accountancy bodies in Australia, Canada, France, Germany, Japan, Mexico, Netherlands, United Kingdom and Ireland, and the United States of America. Since then, there has been a drift towards international representativeness. Currently, the

International Accounting Standards Committee Foundation has six trustees from the Asia/Oceania region, six from Europe, six from North America and four from any region of the world. In spite of this drift, IFRS currently reflect a strong common-law philosophy, and has published a set of standards called the International Accounting Standards (IAS) in 1975. Considering the changes and developments under deregulatory shift around the globe, the process for setting accounting standards has undergone substantial evolution. Following these significant changes, the IAS Committee has been replaced with the International Accounting Standards Board (IASB) in 2001. Having finally reached to a point where global trading has become so widespread, the International Organization of Securities Commissions (IOSCO) recommended that the world's securities regulators permit foreign issuers to use International Accounting Standards for cross-border transactions. The current state of accounting affairs in Europe functions upon IFRS where the majority of publicly listed companies are required to present financial statements based on IFRS since 2005.

The Big Four⁵ audit firms (randomly ordered: PricewaterhouseCoopers, Ernst & Young, Deloitte Touche Tohmatsu, and KPMG) have played a large role in the move to IFRS around the world, as they are often the auditors of IFRS statements and they have the large resources needed to maintain appropriate knowledge and expertise in IFRS (Sucher and Jindrichovska, 2004). As this project is an immense attempt to unify US and the European accounting compositions, even the European adoption of the IFRS is rigorous enough. Christensen *et al.* (2007) identifies the mandatory adoption of IFRS in the European Union (EU) as one of the largest regulatory experiments in financial reporting ever undertaken, which aims to eventually prove to be a vital step towards global GAAP harmonization. Haverty (2006) views the accounting convergence as a process that occurs at the standard-setting level intended to achieve a state of *de jure*⁶ accounting harmonization. Shouldn't the core objective of such convergence process be to cure the mayhem within the world of accounting by aiming at a harmonization at a state of *de facto*⁷? This brings up the question of whether to stick to rules-based accounting or to principles-based accounting. IFRS has a more principles-based structure where as the US GAAP is less, therefore is closer to a rules-based system. Clearly, both have strengths and weaknesses. Principles-based accounting has been employed by accountants as a conceptual basis. This simply means that the broad guidelines set forth by the Financial Accounting Standards Board (FASB) are at the service of the accountant for a variety of circumstances. The weakness is that under a principles-based approach, financial statements are more likely to lose their comparability and consistency across industries and issues regarding income measurement and recognition. Because the significantly large and appealing US and Canadian capital markets compel the foreign companies to report under their own accounting standards has created some setbacks for these foreign companies. Though comparability is one of key aspirations within the framework of financial reporting, comparability and con-

⁵ The Big Four audit firms used to be called the Big Five before the Enron scandal. As Enron was audited by Arthur Andersen, it too was shut down due to its malpractice during its auditing Enron.

⁶ De jure is what something is stated within the law system - *in law*.

⁷ De facto is defined as how something - beyond how it is stated within the law system- how in reality it is practice - *in fact*.

vergence are not the same things. According to Haverty (2006), it is possible to compare accounting numbers even if they do not converge over time, as in the case where the accounting numbers produced by one system might be different from the accounting numbers produced by a second system in some consistent and understandable fashion. In such case, adjustments are to be applied in the name of establishing comparison. Despite the fact that comparability and convergence are two different things, under a converged accounting world, there is no doubt that the differences among financial records will be eliminated easier. Berkowitz and Rampell (2002) questions how much income will, for example, General Electric actually recognize on a multi-year defense contract under the percentage of completion method of accounting. The significance of such question lays on the complexity of measuring the real; the exact amount of income earned for a period. Even more, a somewhat open-to-judgment type of a situation as this is, may easily lead the accountant to take fraudulent action as it has on several occasions in the near past. On this matter, even FASB has reservations:

"A principles-based approach could lead to situations in which professional judgments, made in good faith, result in different interpretations for similar transactions and events, raising concerns about comparability....Also could lead to abuse, whereby the principles in accounting standards are not applied in good faith consistent with the intent and spirit of the standards. Those and other similar types of situations could make it difficult for the SEC and other participants in the U.S. financial accounting and reporting process to adjust to a principles-based approach" (FASB, 2002).

A "White Paper" published by the global CEOs and chairmen of the leading CPA firms including PricewaterhouseCoopers, Ernst & Young, Deloitte Touche Tohmatsu, and KPMG clearly promotes the use of principle-based standards and encourages such principle to allow for the appropriate use of *reasonable judgment* and criticizes today's rules-based systems as limiting to the extent that there is insufficient room for professional judgment. The same publication also admits the fact that "*defining an appropriate judgment is, of course, a somewhat subjective exercise*".

The shift from rules-based accounting towards a principles-based accounting is not only a rigorous work, but deserves *proviso* as well. The current status of the US GAAP is less flexible to employ appropriate use of *reasonable judgment*. While this is the case, the US has experienced a great deal of accounting debacles. Upon the financial disasters, now it has been proposed and has already been put in action to switch from the reasonably more limiting nature of the US GAAP to a more flexible system where more flexibility is endorsed in decision making. There have already been harsh criticisms to the adoption of IRFS from scholars around the globe: (Çankaya, 2007, Barth *et al.* 2007, Haller and Eierle, 2003, Heidhues, Patel, 2007, Haverty, 2006, Ball, 2005, Daske, 2006, Tendeloo and Vanstraelen, 2005, Pounder, 2008 cited in Kaya, 2011). The shift from the prudent nature of accounting, among others, has been associated with the increase in unethical measures of accounting such as earnings management.

The current convergence process to uniform the accounting world; in consideration with the recent accounting scandals, creates some contradiction. It is obvious that the teachings of Santayana are not regarded as commendable values to accountants

since it is obvious today that greed conquered ethics; twice in one decade. Macintosh (2009) views the current Joint International Accounting Standards Board (IASB)/FASB's, generally accepted accounting basic concepts and principles, as strange, due to the fact that they seem much more to be a labyrinth of one-off, separate, often incommensurable, and frequently contradictory collection of axiomatic statements, which get espoused as universal rules and principles for accounting problems and practices than they are a coherent body of knowledge resting on solid foundational conceptual frameworks.

While the attempt is to minimize and eventually liberate the profession off fraud, leaning towards a principles-based accounting of the IFRS where *appropriate judgment* plays a determining factor in the decision making process, which will include *subjectivity* raises questions about the timeliness of the convergence process. The concern is not to demote principles-based accounting; rather it is, not only the timing of this process, but also the fact that standard-setters are overlooking some of the core elements of societal facts. From a social constructivist point of view, all events, including profit or earning per share (discussed earlier as business performance measures) to have derived from social interactions, social sharings, and are socially constructed abstract notion of economic reality.

The problem with principles-based guidelines is that, lack of guidelines can produce unreliable and inconsistent information that makes it difficult to compare one organization to another. It is a known fact that both IAS/IFRS and US GAAP do require and lead to higher levels of disclosure than do the local regulations in the Continental European countries, the two also have different recognition and measurement rules that affect the information content of the accounting numbers (Daske, 2006). A deeper concern is that there inevitably will be substantial differences among countries in implementation of IFRS, which now risk being concealed by a veneer of uniformity. Ball (2006) states the fact that the notion that uniform standards alone will produce uniform financial reporting seems naive. Since the principles-based approach potentially allows more room for freedom of judgment to the practitioner, there is a notion that this approach will indeed create more *just* accounting. McKernan and Kosmala (2007) believe that, without freedom of action and thought, decisions cannot be just or, fair in terms of accounting context. While, on theory, this may receive some support. In reality, it is very difficult for the accountant to resist to consider loopholes or even more direct; fraud, to maximize shareholders' wealth. It is true that, a turn from rules to principles could help make room for a renewal of the role of moral and professional judgment, and hence of truthfulness, in financial reporting practice. Although the mentioned turn may generate a basis to finally improve the current ethical depleted state of accountancy, McKernan and Kosmala (2007) also admit that there is, however, no panacea here: principles-based approaches are, in their own ways, open to abuse; the scope they allow for change depends on how they are formulated; and they cannot in themselves deliver the moral commitment, and practical capacities and virtues, necessary for their effective implementation.

CONCLUSION

Recent developments in the accountancy world to bring together the rules-based US GAAP and the principles-based IFRS has been mostly welcomed by interest groups since it aims to eliminate differences within the language of accounting through a convergence plan. While this attempt is a sincere plot to make it *better* for the welfare of the accounting world, it overlooks a great deal of factors. First of all, since accounting discipline has significant impact over the social structure of the business organizations and over the society, it is a clear fact that such discipline is inseparable from its socio-cultural roots within the society it belongs. A convergence plan without taking the cultural elements into account cannot succeed. The local accountancy bodies should be consulted by the international bodies and avoid the one-size-fits-all approach. Even more, the evident lack of ethics and knowledge of business law among accountants may well be associated with that accountant's morally wrong decision making. This decision making is not as in the form of Simon's *bounded rationality*⁸, yet it is due to what Frankfurt⁹ categorizes as the *spinner* accountant. So in the name of eradicating the idea of spinner accountant, the accounting individual has to grasp the very necessary ingredients of ethics and law; specifically business law to become more aware of the probable consequences his/her actions will cause to himself/herself, to his/her organization; to the general society and therefore eventually to the general welfare of humanity, of which he/she is a member of. The accountant, as an adult, however, is limited in making a significant change in their ways to perceive what is right and wrong. To prevent wrongful doings, then, the accountant must take undergraduate courses on ethics and law. The traditional way of strictly hiring based on grade point average and class rank has faded away over the years. Within this context, business schools are expected to provide the students with not only the best academic potential, but also develop the personal traits of integrity. Otherwise, violation of academic integrity and, in turn business honesty will continue to deteriorate the moral norms and drain the financial resources of companies, municipalities and state departments, which will ultimately result in higher costs of product and taxes to society. To make this transformation possible, ways to evaluate performance should also be modified. *Maximizing* behavior towards profit generation should be replaced with a maximized *satisficing* behavior where all the stakeholders within the society reach to an optimum level of financial contentment.

BIBLIOGRAPHY

Adal, E. (2009) Hukukun Temel İlkeleri, El Kitabı, Genişletilmiş 10. Baskı, Legal Yayıncılık Hukuk Kitapları Serisi No.24, Legal Yayıncılık San. Ve Tic. Ltd. Şti, pp 1.

⁸ Simon is also best known for his *bounded rationality* which suggests that it is not possible for a manager to have the perfect awareness of all factors when making a decision.

⁹ Harry Frankfurt is a 21st century American philosopher and a Princeton professor of philosophy whose main focus of interest and work is on moral philosophy and philosophy of action.

Adal, E. (2010) Fundamentals of Turkish Private Law Revised Ninth Edition, Comparative Research, Legal Yayıncılık Hukuk Kitapları Serisi No.136, Legal Yayıncılık San. Ve Tic. Ltd. Şti, pp 989.

Andrews, K. R. (1989) Uygulama Ahlak, Şirket Ahlakı, Harvard Business Review, Harvard Business School Publishing Corporation, Harvard Business Review on Corporate Ethics, 2005.

Ball, R. (2006) International Financial Reporting Standards (IFRS): Pros and Cons for Investors, <http://www.icaew.co.uk/cbp/index.cfm>, Paper is based on the PD Leake Lecture delivered on 8 September 2005 at the Institute of Chartered Accountants in England and Wales.

Berkowitz, A. and Rampell, R. (2002) The Accounting Debate: Principles vs. Rules, December 2, 2002 , <http://www.artberkowitz.com/article3.htm>, Art Berkowitz Seminars.

Blanthorne, C., Kovar, S. E., & Fisher, D. G. (2007) Accounting Educators' Opinions about Ethics in the Curriculum: An extensive view. *Issues in Accounting Education*, 22(3), 355-390.

Christensen, H. B., Lee, E., and Walker, M. (2007) Cross-sectional Variation in the Economic Consequences of International Accounting Harmonization: The case of Mandatory IFRS Adoption in the UK, *The International Journal of Accounting* 42 (2007) 341-379, Manchester Accounting and Finance Group, Manchester Business School, Crawford House, Oxford Rd, Manchester, M13 9PL, UK.

Daske, H. (2006) Economic Benefits of Adopting IFRS or US-GAAP – Have the Expected Cost of Equity Capital Really Decreased?, *Journal of Business Finance & Accounting*, 33(3) & (4), 329-373, April/May 2006, 0306-686X doi: 10.1111/j.1468-5957.2006.00611.

Falk, P. and Campbell, C. (1997) *The Shopping Experience*, Sage, London.

Faracis, J.R. (1990) 'After Virtue ? Accounting as a Moral and Discursive Practice' *Accounting Auditing and Accountability* 3(3): 5-17. In *Sociological Sites/Sights*, TASA 2000 Conference, Adelaide: Flinders University, December 6-8.

FASB (2002), *Proposals for a Principles-based Approach to U.S. Standard Setting*, File Reference No. 1125-001, October 21, 2002 *Financial Accounting Standards Board*, Norwalk, CT, <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=Mungolob&blobkey=id&blobwhere=1175821394878&blobheader=application%2Fpdf>.

Martin, R. L. (2011) *Fixing the Game: Bubbles, Crashes, and What Capitalism Can Learn from the NFL*, Harvard Business Review Press, Harvard Business School Publishing, 60 Harvard Way, Boston, Massachusetts.

Gale, C. (2007) *The Business of Business Law*, Viewpoint, Managerial Law, Vol. 49 No. 1/2, 2007, pp. 10-12, Emerald Group Publishing Limited, 0309-0558, DOI 10.1108/03090550710759630.

Haverty, J. L. (2006) Are IFRS and U.S. GAAP Converging? Some evidence from People's Republic of China companies listed on the New York Stock Exchange, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation* 15 (2006) 48-71, *St. Joseph's University, 5600 City Ave., Philadelphia, PA 19131, United States*.

Hofstede, G. (1994) *The Business of International Business*, *International Business Review*, Vol. 3, No: 1.

Jeacle, I. (2009) Accounting and Everyday Life: Towards a Cultural Context for Accounting Research, *Qualitative Research in Accounting & Management* Vol. 6 No. 3, 2009 pp. 120-136, Emerald Group Publishing Limited 1176-6093 DOI 10.1108/11766090910973894.

Kaya, C. T. (2010) The Modeling & Operationalization of Basel II Accord for Turkish SMEs: Which International Financial Reporting Standards deserve more attention for SMEs in Turkey?, LAP Lambert Academic Publishing, August 12, 2011.

Kaya, Ç. (2002) *Uygarlığın Koridorlarından Çağdaş Yönetime*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.

Kaya, Ç. (2010) Contemporary Issues in Management and Organizations: Principles and Implications, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2010, Changing Patterns of Leadership in the Twenty-First Century, pp.159-175.

Kaya, İ. (2003) "FASB-IASB Anlaşması ve Global Finansal Muhasebe Standartlarına Doğru," *VI.Türkiye Muhasebe Denetimi Sempozyumu* (Belek/Antalya: 16.20 Nisan 2003: 222- 238).

Laing, G. K. (1990) Deconstructing an Accounting Paradigm: Chambers' Continuously Contemporary Accounting (CoCoA).

Lehman, G. (2004) "Accounting, Accountability, and Religion: Charles Taylor's Catholic Modernity and the Malaise of a Disenchanted World", *Accounting and the Public Interest*, Vol. 4, pp. 43-61.

Lipczynski, J. (2007) *Business, Little Book of Big Ideas*, Copyright © Elwin Street Limited 2007, A & C Black Publishers Ltd.

Macintosh, N. B. (2009) "Effective" genealogical history: possibilities for critical accounting history research, *Accounting Historians Journal*, <http://www.highbeam.com/doc/1G1-202072516.html>.

Macintosh, N. B. (2009) Accounting – Truth, Lies, or “BS”? A Philosophical Investigation, *Accounting and the Public Interest*, Vol. 6.

McKernan, J. F. and Kosmala, K. (2007) Doing the Truth: Religion – Deconstruction – Justice, and Accounting, *Accounting, Auditing & Accountability Journal* Vol. 20 No. 5, 2007 pp. 729-764, Emerald Group Publishing Limited 0951-3574 DOI 10.1108/09513570710779027.

Nørreklit, H., Nørreklit, L., Mitchell, F. (2010) Towards a paradigmatic foundation for accounting practice, *Accounting, Auditing & Accountability Journal* Vol. 23 No. 6, 2010 pp. 733-758, Emerald Group Publishing Limited 0951-3574 DOI 10.1108/09513571011065844.

Scheepbouwer, M. (2003) A Kafkaesque backlash, *FindArticles / Business / Accountancy SA/ Sep 2003*, http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5377/is_200309/ai_n21336911/

Stangroom, J. (2006) *Philosophy, Little Book of Big Ideas*, Copyright © Elwin Street Limited 2007, A & C Black Publishers Ltd.

Sucher, P. and Jindrichovska, I. (2004) Implementing IFRS: A Case Study of the Czech Republic, Online Publication Date: 01 September 2004, *Accounting in Europe*, <http://www.informaworld.com/smpp/title~content=t758874678>.

Sugahara, S. and Boland, G. (2011) Faculties' Perceptions of Ethics in the Accounting Curriculum: A Japanese Study, *Research on Professional Responsibility and*

Ethics in Accounting, Volume 15, 193–224, Emerald Group Publishing Limited, ISSN: 1574-0765/doi:10.1108/S1574-0765 (2011) 0000015010.

Şensoy, N. (2002) Muhasebe Teorileri, Ders Notları, Marmara University, İşletme Anabilim, Muhasebe Bilim Dalı, Muhasebe/Finansman Doktora Programı, İstanbul.

Yahyagil, M. Y. (2011) Kültür Kavramı, Örgüt Kültürü ve Türkiye’de Kültürel Dinamikler, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2011, ISBN: 978-975-307-055-3.

**ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF INTERNATIONAL
ARBITRATION, DRAFTING CONSIDERATIONS, RECOGNITION AND
ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS**

*(MİLLETLERARASI TAHKİMİN FAYDALARI VE SAKINCALARI, HAKEM KARARLARININ
HAZIRLANMASI, TANINMASI VE TENFİZİ)*

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Carson W. CLEMENTS*

ÖZET

Bu yazımızda, milletlerarası tahkim ile yabancılık unsuru içeren mahkeme yargılamasını ve her iki uyuşmazlık çözüm yolunun faydalarını belirtmeye çalıştık. Yazımızda öncelikle, her iki uyuşmazlık çözüm yolunun ayrı ayrı faydalarını ve sakıncalarını inceledik. Ardından, milletlerarası ticari tahkimi ve milletlerarası tahkimin işleyişini inceledik. Çalışmamızda üçüncü olarak, örnek tahkim şartlarına yer verdik ve bir tahkim şartı hazırlanırken dikkat edilmesi gereken çeşitli hususların üzerinde durduk. Dördüncü olarak, yabancı hakem kararlarının tanınması, karşılıklılığı, tenfizi ve iptali konularını ele aldık. Beşinci olarak ise, yargılama yerinin ve usulünün seçimi meselesini inceledik. Son olarak da, uyuşmazlık çözümleri için farklı diğer yargılama yeri olasılıklarını açıklayabilmek için, WTO (Dünya Ticaret Örgütü) ve NAFTA (Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması) uyuşmazlık çözüm yollarını değerlendirdik. Değerlendirmelerimizin sonunda, uyuşmazlıkları çözmek için başvuru olan milletlerarası tahkimin sadece iyi işleyen bir seçenek olmadığı; gerçekten, geleneksel mahkeme yargılaması karşısında sıklıkla tercih edilen ve etkili sonuçlar doğuran bir alternatif olduğu sonucuna vardık.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası ticari tahkim, yabancı hakem kararlarının tanınması, karşılıklılığı, tenfizi, New York Konvansiyonu, uyuşmazlık çözüm yolları, GATT, WTO, NAFTA, ICSID, UNCITRAL Model Kanunu.

ABSTRACT

The following paper examines international arbitration and litigation of foreign disputes to determine the efficacy of both dispute resolution alternatives. First, this paper examines the advantages and disadvantages of both alternatives to dispute settlement. Second, this paper discusses international commercial arbitration and how international arbitration works. Third, this paper provides sample arbitration clauses and discusses various considerations involved in drafting an international arbitration clause. Fourth, this paper looks at recognition, reciprocity and enforcement, and vacating of foreign arbitral awards. Fifth, this paper examines choice of forum clauses. Finally, this paper examines WTO and NAFTA dispute resolution to illustrate additional forums for dispute resolution. This paper concludes that international arbitration is not only a viable option for dispute settlement, but in fact, is often a preferable and efficacious alternative to traditional litigation.

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

Keywords: *International commercial arbitration, recognition, reciprocity and enforcement of arbitral awards and foreign judgment, New York Convention, Dispute Resolution, GATT, WTO, NAFTA, ICSID, UNCITRAL Model Law on Arbitration.*

I. INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION OR TRADITIONAL LITIGATION

The choice between international commercial arbitration and traditional litigation is one of the paramount decisions that legal professionals face in any international commercial dispute. To understand why international commercial arbitration has become so prevalent as a dispute settlement mechanism in international agreements it is necessary to understand the advantages and disadvantages that are attached to arbitration.

Advantages of International Commercial Arbitration

In terms of advantages, international commercial arbitration offers several advantages over traditional litigation. In particular, international commercial arbitration is usually cheaper and faster. Additional advantages are also provided by international commercial arbitration. First, international commercial arbitration provides predictability. Specifically, it guarantees that the dispute will be resolved in one place and not by a race to judgment in the courts of two nations.

Second, international commercial arbitration increases the chances that the decisionmaker of the dispute will have more competence over the subjects involved in the dispute, because arbitration, at least in theory, usually involves a decision made by arbitrators who have specialized commercial and legal expertise.

Third, international commercial arbitration involves Party Autonomy over procedural and substantive rules that will be applied. In essence, in arbitration, especially institutional arbitration, the procedures are selected by the parties through their choice of the arbitration institution and the institutional arbitration rules. Therefore, the parties determine the applicable procedural rules and can influence the substantive law to be applied to the dispute. This provides the parties with control over the method for dispute settlement that is not usually provided in traditional litigation.

Fourth, international commercial arbitration has an advantage in terms of the finality and enforcement of an arbitration award. Specifically, unlike a court decision, which can often be challenged and even set aside, an arbitration award has a relatively small risk of being set aside or altered by a court. For example, courts in the United States have a bias for arbitration and give considerable deference to arbitration and arbitral awards. In addition, enforcement is supported and ensured through various international legal frameworks, such as the U.N. Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards [hereinafter "New York Convention"], making a foreign arbitral award usually easier to enforce than a foreign judgment.

Fifth, in terms of overall costs, international commercial arbitration is usually much cheaper than traditional litigation. In most cases, international commercial arbitration is faster and limits the amount of discovery and disclosure that traditional litigation does. However, institutional arbitration is becoming more time consuming and

costly as discovery and disclosure are introduced. The reason for this is that parties want to make arbitration more conclusive. As such, institutional arbitration can be as costly or even more costly and involve more time than traditional litigation.

Sixth, international commercial arbitration provides a much higher level of privacy than traditional litigation, since arbitral proceedings are usually not made public. However, privacy may not always be ensured as the arbitral proceedings may become public due to ancillary litigation or required regulatory filings. This is especially true when an arbitral award is challenged by one of the parties in a court or where the arbitration involves a government party, such as in arbitrations before the World Bank's International Centre for the Settlement of Investment Disputes [hereinafter "ICSID"] or proceedings before the International Chamber of Commerce [hereinafter "ICC"].

Disadvantages of International Commercial Arbitration

The first disadvantage involves the time required to establish or constitute the Arbitral Tribunal or Panel. In essence, in international commercial arbitration, a panel must be selected before anything substantive can happen. In institutional arbitration the process of selection and constituting the Arbitral Tribunal often takes a long time to complete. In addition, most institutional arbitration rules on selection of the arbitrators and constituting the panel often allow for challenges to be made. This obviously can increase the time it takes. As such, time is increasingly becoming less of an advantage and often a disadvantage for international commercial arbitration.

Second, international commercial arbitration often does not allow for the imposition of provisional remedies. For example, in New York attachment or a preliminary injunction to further arbitration under CPLR § 7502(c) is available only when "the award to which the applicant may be entitled may be rendered ineffectual without provisional relief." However, no provisional remedy is available from a New York State court in a situation concerning international arbitration situation, unless expressly provided.¹ Even in United States Federal Courts, that do provide provisional remedies in international commercial arbitration matters, the courts are typically reluctant to go beyond the barest maintenance of the status quo and want to avoid intruding on matters that might more appropriately be dealt with by the arbitrators in arbitration.²

The third disadvantage involves the problem of parallel proceedings. In particular, there can often be the commencement of the arbitration and also litigation resulting from attempts to avoid the arbitration. This can result in the risk of having different outcomes from the arbitration and court proceeding.

Fourth, arbitration often involves a challenge to the situs of arbitration by one of the parties. Challenges to the situs of arbitration mean that time and costs are increased. Although challenges to the forum of a case are common in traditional litigation as well, the decision of a court as to jurisdiction and proper forum is more definitive. In addition, a challenge to the arbitration can be mounted in a court, as noted

¹ *Drexel Burnham Lambert, Inc. v. Ruebsamen*, 139 A.D.2d 323 (1st Dep't 1988) with *Remy Amerique, Inc. v. Touzet Distribution, S.A.R.L.*, 816 F. Supp. 213 (S.D.N.Y. 1993).

² See *Borden Inc. v. Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990).

above, if one party disagrees with the situs of the arbitration.

Fifth, arbitration that involves multiple issues and parties can result in added expenses and time, especially where the underlying transaction involves several participants or if related arbitrations cannot be consolidated. Currently, litigation techniques for dealing with multiple parties are more advanced than those of arbitration. However, arbitration rules and practice are becoming more advanced to handle these situations.

Sixth, a problem is created where access to discovery is an issue. This results in proceedings to determine the scope of discovery and disclosure that is available, driving up costs and increasing the overall time of the arbitration.

II. OVERVIEW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Definition of Commercial

In terms of international commercial arbitration, Article 1 of the UNCITRAL Model Law establishes a definition for disputes that are commercial and to which the law applies, "The term commercial should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not..."³ National laws also tend to provide a broad interpretation of disputes that are commercial. For example, in the United States courts have given a broad interpretation.⁴ In France, a distinction was historically made between civil and commercial arbitrations. An arbitration agreement that dealt with civil disputes was void. However, in 1989 France withdrew its commercial reservation which it entered when ratifying the New York Convention. In *Zanzi v de Coninck* the Cour of cassation reaffirmed the principle that an arbitration clause within an international contract is valid even though no reference is made to the commercial nature of the transaction.⁵ Thus, France also provides a broad interpretation of commercial. In the United Kingdom, there is no requirement that an arbitration be commercial for the New York Convention to apply. Narrow interpretations of commercial are also applied in many countries. For example, in India commercial traditionally was interpreted to as mean commercial under the law in force in India.⁶ However, recent cases have broader interpretation to commercial.⁷

Ad Hoc and Institutional International Commercial Arbitration

International arbitration may take different forms. It may involve arbitration between states, complex disputes between individuals, and arbitration may be ad hoc and organized by the parties themselves for the purpose of a single dispute or institutional and organized by a arbitration institution.⁸ Ad hoc arbitrations often occur pursuant to a set

³ UNCITRAL Model Law, art. 1.

⁴ See *Prograph International Inc v Ralph Barhyt* (1998) XXIII Ybk Comm Arbn 901

⁵ *Zanzi v de Coninck* (1999) Rev Arb 260, Cour de Cassation, Chambre civile numero 1, 5 january 1999. See also Tweedale and Tweedale at 53.

⁶ *Indian Organic Chemicals Ltd v Chemtex Fibres Inc*, ((1977) IV Comm Arbn 271.

⁷ *Union of India v Leif Hoegh & Co.*, (1996) All India Reports Cal 45. See also Tweedale & Tweedale at 54.

⁸ Tweedale and Tweedale, *Arbitration of Commercial Disputes*. Oxford University Press (2005) at 40. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

of procedural rules. These rules may be created for a particular case, but more often are chosen from rules intended specifically for use in a non-administered context. The most common rules chosen by parties to an arbitration are the United Nations Conference on International Trade Law [hereinafter "UNCITRAL"] Arbitration Rules.

Most countries have national arbitration organizations that administer some international cases, and some institutions specialize in international arbitration. Examples of international arbitration institutions include:

- The International Chamber of Commerce's Court of International Arbitration [hereinafter "ICC"] established in 1923 and based in Paris. ICC arbitration is designed for international commercial arbitration disputes and is viewed as the world's leading international commercial arbitration institution.

- The American Arbitration Association [hereinafter "AAA"] and the International Centre for Dispute Resolution, based in New York, but functioning nationwide and able to organize arbitrations worldwide under the AAA International Arbitration Rules. The AAA also has Supplementary Procedures for Large, Complex Cases.

- The London Court of International Arbitration [hereinafter "LCIA"], formed in 1985. The members of the LCIA are selected from leading practitioners in commercial arbitration from various countries. The LCIA is perceived to be the second most popular European arbitration institution after the ICC.

- The Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute [hereinafter "SCC"] founded in 1917. It is a separate entity from the Stockholm Chamber of Commerce and is perceived as a neutral forum. The SCC introduced new rules along with the Swedish Arbitration Act in 1999.

- The Singapore International Arbitration Centre (SIAC) founded in July 1991.

- The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) established in 1985.

- The Netherlands Arbitration Institute (NAI) founded in 1949.

- The International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC or MKAS) founded in 1932. The ICAC or MKAS is regulated by the 1993 Law of the Russian Federation on International Commercial Arbitration, which is based on the UNCITRAL Model Law.

- The German Institution of Arbitration (The Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit or DIS) established in 1920. The DIS Arbitration Rules can be used for both domestic and international arbitrations and were updated after Germany adopted the UNCITRAL Model Law.

It is important to note that in some countries, foreigners trading or investing with locals may be required to use that nation's arbitration organization. For example, in China, foreigners who trade or invest are often forced to use the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), which has a substantial case load. Another problematic international institution, is the Inter-American Commercial Arbitration Commission (IACAC) in Washington, D.C., which has not been used extensively because of Latin American governmental distrust of international arbitration. However, a majority of Latin American countries now have ratified the New York

Convention and, in principle, will enforce foreign arbitral awards. In addition, the AAA and leading Canadian and Mexican arbitration institutions have formed a new organization called the Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas (CAMCA), to provide cross-border services within the NAFTA member countries.

Governments and Arbitration

In terms of governments and arbitration, foreign governments or government-owned entities, are often times parties to international arbitrations. Government commercial entities may participate in ordinary commercial arbitration *fora*, such as the ICC. There are also special *fora*, including the International Centre for Settlement of Investment Disputes [hereinafter "ICSID"], a part of the World Bank Group, based in Washington. ICSID handles investment disputes between nations and foreign investors usually resulting from Bi-Lateral Investment Treaty (BIT) disputes, where ICSID has been selected in an arbitration provision. Another mechanism exists under the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), which is designed to encourage private direct investment in the developing world by insuring against host country political risks.⁹ More than 60 countries have ratified the convention creating MIGA and the standard contract of guarantee provides for arbitration of disputes under MIGA's internal procedures. Furthermore, special *fora* are created for particular disputes or groups of disputes. For example, the Iran-U.S. Claims Tribunal at The Hague, which uses a modified version of the UNCITRAL Arbitration Rules, the North American Free Trade Agreement and the World Intellectual Property Organization (WIPO) for international Intellectual Property (IP) disputes.

One of the key problems relating to the recognition and enforcement of international arbitral awards as opposed to foreign court decisions is the application of two key legal doctrines. First, is the doctrine of Sovereign Immunity to enforcement of arbitral awards against foreign States. The United States does not apply this doctrine.¹⁰ Second, is the Act of State doctrine in terms of the enforcement of arbitration. Again, the United States does not allow the Act of State doctrine as a defense to enforcement.¹¹

International Arbitrations and the Interpretive Approaches of Arbitrators

Arbitrators, like legal professionals anywhere in the world, do not operate in a legal vacuum. As such, the composition of an arbitral tribunal can influence the arbitration considerably. For example, although arbitrators should follow the applicable rules and law in a particular dispute, arbitrators may turn instead (consciously or unconsciously) to the national procedures and rules they are familiar with. In situations where arbitrators hail from different countries and legal traditions, the result is often a blending of interpretations and techniques. This usually results in several things. First, written presentations tend to be extensive and often are the principal means of introducing

⁹ For a discussion of the role that MIGA plays, see Folsom, Gordon, and Spanogle, International Business Transactions: A Case Oriented Casebook (5th Ed.)

¹⁰ 28 U.S.C. § 1610 (a) (6).

¹¹ U.S. 9 U.S.C. § 15.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

evidence. Second, there is often very little in the way of discovery, in the U.S. sense of discovery, that takes place. For example, depositions are rare, as are written interrogatories. In addition, although document production usually occurs, it is typically more limited than in traditional litigation or U.S. arbitration. Third, arbitral awards are almost always detailed and reasoned with legal conclusions and interpretations explained. Fourth, international commercial arbitral tribunals almost always apply the *Lex Mercatoria*, or international commercial law. In fact, this is often the case even where the governing contract has made no reference to such law.¹² The result is that parties often have the application of law they did not contemplate.

Selection of the Situs of Arbitration

One of the paramount decisions for parties who want to have their disputes settled through international arbitration is in the selection of the situs of the arbitration. In making this choice, parties should choose a situs of a New York Convention signatory nation. This will ensure a better chance of enforceability of any award. In addition, the parties should select a nation which has "pro-arbitration" law. Furthermore, in selecting the situs for the arbitration, the parties should consider the convenience of the parties, counsel, and witnesses. Finally, the parties should consider a situs where support services in the necessary language(s) are available.

Choice of Law and the Applicable Law in Arbitration

A key decision for parties is that of the choice of arbitral seat and choice of law to govern their agreement and any disputes arising out of their agreement. In making their choice they must consider that the law of the situs of arbitration and the place of enforcement are persuasive in addition to the substantive law governing the agreement. Especially where a court becomes involved in some challenge to arbitration or enforcing an award. Arbitration, therefore, is subject to a combination of laws and rules that may be applicable.

Almost all countries have general application arbitration laws based on the UNCITRAL Model Law on International Arbitration. In the United States, for example, the Federal Arbitration Act¹³ [hereinafter "FAA"], 9 U.S.C. §§ 1 et seq., makes agreements to arbitrate matters involving interstate or international commerce enforceable in federal district courts and provides for various aspects of judicial control of arbitrations, but it does not provide an independent ground for federal subject matter jurisdiction. FAA Chapter Two¹⁴, 9 U.S.C. §§ 201 et seq., implements the New York Convention and makes foreign arbitral awards involving commercial matters enforceable in the United States. However, there are limitations on the applicability of the New York Convention. Specifically, awards must be made in a New York Convention country, if the award is "non-domestic"¹⁵; or if one or more of the parties is not a U.S. citizen. Furthermore, if the arbitration involves "commercial matters". Fi-

¹² See Lowenfeld, *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, 6 *Arb. Int'l* 133 (1999).

¹³ 9 U.S.C. §§ 1 et seq.

¹⁴ 9 U.S.C. §§ 201 et seq.,

¹⁵ See *Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, 710 F.2d 928 (2d Cir. 1983); *Lander Co., Inc. v. MMP Investments, Inc.*, 107 F.3d 476 (7th Cir. 1997).

nally, reciprocity is considered.

Chapter Three of the FAA¹⁶, 9 U.S.C. §§ 301 et seq., implements the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration [hereinafter "Panama Convention"], which is very similar to the New York Convention, but includes a few nations not parties to the New York Convention, such as El Salvador, Honduras and Paraguay. Unlike the other chapters of the FAA, Chapter Three incorporates particular arbitral rules if the parties have not specified rules of procedure.¹⁷ Unless otherwise agreed, the Panama Convention takes precedence, when both it and the New York Convention are applicable, if a majority of the parties to the arbitration are citizens of Panama Convention nations.¹⁸ In addition, awards made in the territory of a foreign State will be recognized and enforced, on the basis of reciprocity, under Chapter Three, only if that State has ratified or acceded to the Panama Convention.¹⁹ Like the New York Convention, it may apply to an award made in the United States.²⁰

III. CONSIDERATIONS IN DRAFTING AN INTERNATIONAL ARBITRATION CLAUSE

In order to prevent, or limit potential problems, and guarantee that the procedural and substantive rules and law that the parties have chosen are applied, it is essential that an arbitration clause be clearly drafted. Specifically, the parties should state their preference to arbitration, the situs of the arbitration, and the procedural rules and substantive law they want applied to any disputes. In the United States the need to do so has been emphasized by the United States Supreme Court. For example, in *Mastrobouno v. Shearson Lehman Hutton*²¹, the court held that the choice of New York law was insufficiently specific to exclude punitive damages. In addition, in *First Options of Chicago v. Kaplan*²², the issue of whether a particular dispute was subject to an arbitration clause in a related document could not itself be arbitrated in absence of "clear and unmistakable" language.

To avoid these problems, parties should be clear and specific in drafting an arbitration clause. In particular, parties should include a definition of the type of disputes covered. This does not have to include every possible dispute, but rather can be accomplished through inclusion of language such as "any and all disputes" "arising out of" or "relating to this contract".

UNCITRAL and Other Institutional Sample Arbitration Clauses

Sample arbitration clauses are found in most international arbitration laws and the rules of various arbitration institutions. For example, UNCITRAL provides the following sample arbitration clause:

¹⁶ 9 U.S.C. §§ 301 et seq.

¹⁷ 9 U.S.C. § 306.

¹⁸ 9 U.S.C. § 305; see also *Progressive Casualty Ins. Co. v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela*, 802 F. Supp. 1069 (S.D.N.Y. 1992), rev'd on other grounds, 991 F.2d 42 (2d Cir. 1993).

¹⁹ 9 U.S.C. § 304.

²⁰ *Productos Mercantiles E Industriales, S.A. v. Faberge USA Inc.*, 23 F.3d 41 (2d Cir. 1994).

²¹ *Mastrobouno v. Shearson Lehman Hutton*, 115 S. Ct. 1212 (1998).

²² *First Options of Chicago v. Kaplan*, 115 S. Ct. 1920 (1995).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

"Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as present in force. Parties may wish to consider adding: (a) The appointing authority shall be _____ (name of institution or person); (b) The number of arbitrators shall be _____ (one or three); (c) The place of arbitration shall be _____ (town or country); (d) The language(s) to be used in the arbitral proceedings shall be _____."²³

The London Court of International Arbitration provides the following arbitration clause:

"Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the Rules of the London Court of International Arbitration, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The place of arbitration shall be in _____."²⁴

In addition, the LCIA also suggests that difficulties and expense may be avoided if parties expressly specify the law governing their contract. Furthermore, the parties may also specify the number of arbitrators and the language of the arbitration. The following provisions may be suitable:

"The governing law of this contract shall be the substantive law of ... The number of arbitrators shall be (one/three). The language to be used in the arbitral proceedings shall be ..."²⁵

The International Chamber of Commerce provides the following sample arbitration clause in its Rules of Arbitration:

"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The place of arbitration shall be in _____."²⁶

The Rules of the American Arbitration Association provides the following sample arbitration clauses and additional information:

"Any controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be determined by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the American Arbitration Association. The place of arbitration shall be in _____."²⁷

In addition, the AAA recommends that among other things parties agree in advance whether to use one or three arbitrators and that they specify the language of the arbitration.

In terms of arbitration, the AAA also provides the following clause:

"Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association in accordance with its Commercial [or other] Arbitration Rules [in-

²³ UNCITRAL Model Arbitration Clause or Separate Arbitration Agreement.

²⁴ LCIA Rules.

²⁵ Id.

²⁶ ICC Rules.

²⁷ AAA Rules.

cluding the Optional Rules for Emergency Measures of Protection], and judgment on the award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof.”²⁸

For what is referred to as multi-tiered or multi-levelled arbitration, the AAA provides the following:

“If a dispute arises out of or relates to this contract, or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through negotiation, the parties agree first to try in good faith to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Procedures before resorting to arbitration, litigation, or some other dispute resolution procedure. If they do not reach such solution within a period of 60 days, then, upon notice by either party to the other, all disputes, claims, questions, or differences shall be finally settled by arbitration administered by the AAA in accordance with the provisions of its Commercial Arbitration Rules.”²⁹

The Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) provide the following standard commercial arbitration clause:

“Any dispute, claim or controversy arising out of or relating to this Agreement or the breach, termination, enforcement, interpretation or validity thereof, including the determination of the scope or applicability of this agreement to arbitrate, shall be determined by arbitration in (insert the desired place of arbitration), before (one) (three) arbitrator(s). At the option of the first to commence an arbitration, the arbitration shall be administered either by JAMS pursuant to its (Comprehensive Arbitration Rules and Procedures) (Streamlined Arbitration Rules and Procedures), or by (name an alternate provider) pursuant to its (identify the rules that will govern). Judgment on the Award may be entered in any court having jurisdiction. This clause shall not preclude parties from seeking provisional remedies in aid of arbitration from a court of appropriate jurisdiction.”³⁰

(Optional) Allocation of Fees and Costs: The arbitrator may, in the Award, allocate all or part of the costs of the arbitration, including the fees of the arbitrator and the reasonable attorneys' fees of the prevailing party.

Step Clause (this Clause follows the contract's arbitration clause):

“The parties agree that any and all disputes, claims or controversies arising out of or relating to this Agreement shall be submitted to JAMS, or its successor, for mediation, and if the matter is not resolved through mediation, then it shall be submitted to JAMS, or its successor, for final and binding arbitration pursuant to the arbitration clause set forth above. Either party may commence mediation by providing to JAMS and the other party a written request for mediation, setting forth the subject of the dispute and the relief requested. The parties will cooperate with JAMS and with one another in selecting a mediator from JAMS panel of neutrals, and in scheduling the mediation proceedings. The parties covenant that they will participate in the mediation in

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ See, JAMS Sample Clauses. Available at <http://www.jamsadr.com/clauses/#Standard>. Last visited, 21 December 2011.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

good faith, and that they will share equally in its costs. All offers, promises, conduct and statements, whether oral or written, made in the course of the mediation by any of the parties, their agents, employees, experts and attorneys, and by the mediator or any JAMS employees, are confidential, privileged and inadmissible for any purpose, including impeachment, in any arbitration or other proceeding involving the parties, provided that evidence that is otherwise admissible or discoverable shall not be rendered inadmissible or non-discoverable as a result of its use in the mediation. Either party may initiate arbitration with respect to the matters submitted to mediation by filing a written demand for arbitration at any time following the initial mediation session or 45 days after the date of filing the written request for mediation, whichever occurs first. The mediation may continue after the commencement of arbitration if the parties so desire. Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall be disqualified from serving as arbitrator in the case. The provisions of this Clause may be enforced by any Court of competent jurisdiction, and the party seeking enforcement shall be entitled to an award of all costs, fees and expenses, including attorneys' fees, to be paid by the party against whom enforcement is ordered."³¹

Drafting an Ad Hoc Arbitration Clause

When preparing to draft an arbitration clause for ad hoc arbitration, rather than using a sample clause provided by an arbitration institution, there are important things for the parties to consider. For example, the parties should strive for simplicity in drafting their clause. In essence, the parties should not make the arbitration clause more complicated than needed. For example, a simple clause, such as "The parties agree to submit any and all disputes arising out of or relating to this agreement to final and binding arbitration under the Rules of the (Name of Institution)." Clearly, use of institutional arbitration or a sample arbitration clause resolves this problem as each contain essential language and selection of applicable rules etc.

Second, an arbitration clause should discuss how expenses from the arbitration will be divided. In most cases expenses are divided equally, but the parties may agree to have one party bear the costs. For example, if a party decides to have the proceedings officially transcribed or request some type of additional services they normally should bear the extra costs.

Third, the parties should decide on how many arbitrators will constitute the tribunal, how these arbitrators will be selected, what qualifications they should have, and the procedure for challenging or removing an arbitrator. Again, most institutional rules cover this, making institutional arbitration preferable. For example, Article 11 of the ICC Rules of Arbitration provides a challenge procedure for the appointment of an arbitrator.³² In addition, Article 12 (1) provides that "an arbitrator will be replaced upon his death, resignation, upon acceptance by the Court of Arbitration of a challenge, or upon request of all of the parties".³³ The Court of Arbitration also has the

³¹ *Id.*

³² ICC Rules of Arbitration, art. 11.

³³ *Id.* at art. 12 (1).

“power to replace an arbitrator where that person is prevented *de jure* or *de facto* from fulfilling their duties”.³⁴

Fourth, the parties should state how much discovery they wish to allow in the proceedings, as well as the form of discovery allowed. For example, whether or not depositions, interrogatories, requests to produce documents, requests to admit, requests for inspection or physical examination will be allowed and for what time period, if allowed.

Sixth, the parties should consider and address scheduling matters. Specifically, when the arbitration will occur, the time frame for selection of the arbitrator(s), the number of days that arbitration hearings will be held, and the time for an award to be issued.

Seventh, the parties may wish to include a provision regarding confidentiality of the proceedings and the award. For example, the parties should agree to keep confidential any dispute, testimony, documents produced, and any outcome of the arbitration. There should also be a provision to include a remedy for any violation of the confidentiality provision.

Eighth, the role and authority of the arbitrators should be defined. For example, whether the arbitrators may also serve as mediators, trying to settle the dispute through settlement negotiations, or whether the role of the arbitrator will be strictly limited to deciding the dispute. In terms of authority, the arbitration clause should clearly define the powers of the arbitrator.

Ninth, the parties should decide on the format of the final decision of the arbitral tribunal. For example, whether the decision will be given verbally at the end of the proceedings, provided in a written award, provided in a full written decision with reasoning etc., or a combination of these.

Tenth, the parties should state the applicable procedural and substantive law they wish to have applied. Because Party Autonomy is paramount to arbitration, the choice of laws and rules made by the parties are usually honored by the Arbitral Tribunal and courts reviewing an arbitration or challenge made to the arbitration. In practice, courts usually hold that questions of substantive arbitrability are for the courts to decide. On the other hand, courts usually hold that questions of procedural arbitrability are for the arbitrators to decide. In any case, parties should draft an arbitration agreement that is clear on their choice of laws in these matters.

Finally, the parties should determine whether provisional remedies are to be allowed and, if so, which ones. Article 23 of the ICC Rules of Arbitration provides for the possibility of provisional or interim measures. However, there are restrictions. For example, if asked to make a preservation or conservancy order, “the arbitral tribunal may request that the applicant provide security”.³⁵

³⁴ *Id.* art. 12 (2). Tweedale & Tweedale at 78.

³⁵ *Id.* at art. 23.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

IV. RECOGNITION, ENFORCEMENT, AND RECIPROCITY OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS

Recognition, Enforcement, and the Principle of Reciprocity

Recognition means giving full legal effect to an award, thus barring litigation of the same issues. Enforcement on the other hand, means applying judicial remedies to assure that an award is carried out. Separate, but similar provisions apply, depending on whether the award is considered domestic or foreign. Reciprocity, however, is a defense to recognition and enforcement based on whether the other country recognizes and enforces awards as well.

Signatories to the New York Convention were entitled to ratify the New York Convention subject to the reciprocity reservation and commercial reservation. According to Tweedale & Tweedale, "If a country entered the commercial reservation then it was permitted to refuse to enforce an international award if the dispute was not commercial in nature."³⁶ This reservation was created so that certain Civil Law countries that make a distinction between commercial and non-commercial transactions, could adhere to the New York Convention. Over 40 countries have signed the Convention with this reservation. In terms of the reciprocity reservation, Article 1.3 of the New York Convention provides that "When signing, ratifying, or acceding to this Convention, or notifying extension under Article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State." Most countries that have entered into the New York Convention have done so with the reciprocity reservation. The reciprocity reservation applies to States and not to the parties of a dispute. For example, in *Kersa Holding Co. v. Infancourtage*³⁷ the Cour Supérieure de Justice of Luxembourg held that "The fact that two of the appellees have their seat in a country that has not ratified the Convention is equally irrelevant, as the reciprocity must exist between the country where the award has been rendered and that where enforcement is sought, not between those of which the parties are nationals." In contrast to countries that have the reciprocity reservation, countries that have acceded to the New York Convention without a reservation "must enforce an award wherever the award was made".³⁸ However, the country may still refuse enforcement pursuant to any other provisions of the New York Convention. According to Tweedale & Tweedale, "Where States have entered into the reciprocity reservation then the parties do not need to have the award confirmed in the country in which it was made prior to its enforcement".³⁹ It was not intended that the reciprocity reservation would keep the 'double-exequatur' requirement which existed under the Geneva Convention. Although the reciprocity defence has been raised in many cases, it is rarely raised simply because a State is not a party to the New York Convention. Rather, it is usually raised where there is a claim

³⁶ Tweedale & Tweedale, at 56.

³⁷ See *Kersa Holding Co. v. Infancourtage* (1996) XXI Ybk Comm Arbn 617-26 (24 November 1993) cited in Tweedale and Tweedale at 57.

³⁸ *Sas Parolari Giovanni v. Antypas Bros. Ltd.* (1985) X Ybk Comm Arbn 480-82 (21 February 1984, Cour de Cassazione); *SA Tradax Export v. Spa Carapelli* (1978) III Ybk Comm Arbn 279-80 (22 October 1976, Court di Appello di Firenze) cited in Tweedale & Tweedale at 58.

³⁹ Tweedale & Tweedale at 58.

that the country where the award was made would itself bar enforcement. It is important to note that these defences rarely are successful. For example, in *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management Inc.*⁴⁰ an arbitration award was made in India against IDI a United States company and Fertilizer Corp. sought enforcement in the United States. IDI argued that "an Indian court would not consider the dispute 'commercial' and therefore would not enforce the award." As such, a US court should not enforce under the reciprocity reservation of the US. The court rejected the argument of IDI holding that "It is undisputed that India is a signatory to the Convention, therefore, the reciprocity of the first sentence in question is satisfied. It is equally undisputed that the contract between the parties is considered commercial under the laws of the United States; thus, the requirements of the second sentence is met".⁴¹

In the United States, confirmation of an arbitral award is achieved in several ways. First, under 9 U.S.C. § 9, 'confirmation may be sought within one year after the award is made in a United States court specified in the agreement of the parties, or the U.S. District Court where the award was made'.⁴² Second, pursuant to 9 U.S.C. § 11, 'modifications may be made by the court in case of evident material miscalculation of figures or similar formal errors'.⁴³ A partial award that finally and conclusively disposes of a "separate independent claim" may be confirmed, even if it does not dispose of all claims.⁴⁴ In addition, under 9 U.S.C. § 9 "final and binding" language and an entry of judgment clause are required. However, if omitted in the arbitration clause, these usually are found in arbitral rules selected or are inferred in international cases.⁴⁵

Vacating or Setting Aside an Arbitral Award

In terms of vacating an award, Chapter One of the FAA supplies the substantive standards for vacating, rather than confirming, a domestic award or an award from a non-New York Convention country, if interstate or foreign commerce or maritime transactions are involved.

There are several ground by which an award may be vacated or set aside. In the United States, for example, under 9 U.S.C. § 10 (a) an award procured by corruption, fraud or undue means may be set aside.⁴⁶ Second, an award may be vacated or set aside in a situation where there is perjury by a witness, if it could not have been detected during the arbitration. In *Forsythe International, S.A. v. Gibbs Oil Co. of Texas*, 915 F.2d 1017 (5th Cir. 1990), discovery abuse unpunished by arbitrators was deemed "insufficient to vacate the award". On the other hand, "refusal to delay to hear important evidence may violate fundamental fairness and constitute misconduct".⁴⁷

⁴⁰ *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management Inc.* 517 F. Supp. 948 (1981); (1982) VII Ybk Comm Arbn 382-92.

⁴¹ *Id* Cited in Tweedale & Tweedale at 59.

⁴² 9 U.S.C. § 9.

⁴³ 9 U.S.C. § 11.

⁴⁴ *Metallgesellschaft v. M/V Capitan Constante*, 790 F.2d 280 (2d Cir. 1986).

⁴⁵ See *Daihatsu Motor Co., Ltd. v. Terrain Vehicles, Inc.*, 13 F.3d 196 (7th Cir. 1993), rehearing denied, 1994 U.S. App. LEXIS 520.

⁴⁶ 9 U.S.C. § 10(a).

⁴⁷ *Tempo Shain Corp. v. Bertek, Inc.*, F.3d, 1997 WL 403699 (2d Cir.).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Fourth, is where there is evident partiality or corruption of an arbitrator.⁴⁸ Fifth, under 9 U.S.C. § 10 (c) an award may be vacated or set aside where there is misconduct by the arbitrators. It is important to note that Due Process is required, but procedural informalities are allowed. This clause bars *ex parte* communications with a neutral arbitrator. However, the rules remain unclear for party-appointed arbitrators.⁴⁹ For a case in which a dissenting arbitrator unsuccessfully accused his fellow arbitrators of misconduct, see *Fertilizantes Fostados Mexicanos, S.A. v. Chemical Carriers, Inc.*, 751 F. Supp. 467 (S.D.N.Y. 1990). Sixth, an award may be vacated or set aside where arbitrators have exceeded their powers or misapplied them so that no "mutual, final and definite award" resulted.⁵⁰ Claims that arbitrators exceeded their powers are interpreted narrowly.⁵¹ However, they can be deemed to have deviated from their role on technical matters in which courts take particular interest.⁵² Awards may further be vacated or set aside where there is clear evidence of a "manifest disregard of applicable law". However, this must constitute more than merely going beyond "a mere error in the law or failure on the part of the arbitrators to understand or apply the law".⁵³ Essentially, the courts have held that there must be a deliberate disregard of the law or "irrationality".⁵⁴ Manifest disregard has been held not to rise to the level of "public policy" under the New York Convention.⁵⁵ In terms of a situation involving a non-domestic award made in the United States, both Chapter One of the FAA standards for vacating and the New York Convention standards apply.⁵⁶

Foreign Awards Under The New York Convention

In terms of foreign awards under the New York Convention, pursuant to 9 U.S.C. § 207, an award rendered in a country which is a party to the New York Convention, requires confirmation unless the court finds one of the seven grounds for "refusal or deferral" specified in the New York Convention. The same is true under 9 U.S.C. § 302 for the Panama Convention.

⁴⁸ 9 U.S.C. § 10(b). See also *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U. S. 145 (1968); *International Produce, Inc. v. A/S Rosshavet*, 683 F.2d 548 (2d Cir. 1981); *Hunt v. Mobil Oil Corp.*, 654 F. Supp. 1487 (S.D.N.Y. 1987); *Sun Refining & Marketing Co. v. Statheros Shipping Corp.*, 761 F. Supp. 293 (S.D.N.Y. 1991); and *Al-Harbi v. Citibank, N.A.*, 85 F.3d 680 (D.C. Cir. 1996).

⁴⁹ *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993).

⁵⁰ 9 U.S.C. § 10(d).

⁵¹ *Andros Companie Maritima v. Marc Rich & Co.*, 579 F.2d 691 (2d Cir. 1978); *Kerr-McGee Refining Corp. v. M/T Triumph*, 924 F.2d 467 (2d Cir. 1991).

⁵² See for example *Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Carte Blanche International, Ltd.*, 888 F.2d 260 (2d Cir. 1989) (fixing rate of interest).

⁵³ *I/S Stavborg v. National Metal Converters, Inc.*, 500 F.2d 424 (2d Cir. 1974); *Elite, Inc. v. Texaco Panama, Inc.*, 777 F. Supp. 289 (S.D.N.Y. 1991).

⁵⁴ *Brandeis Intsel Ltd. v. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987).

⁵⁵ *International Standard Electric Corp. v. Bridas Sociedad Anonima Petrolera*, 745 F. Supp. 172 (S.D.N.Y. 1990). See also Note, *Manifest Disregard of the Law in International Commercial Arbitration*, 28 Colum. J. Int'l L. 449 (1990).

⁵⁶ *Alghanim v. Toys "R" Us*, 126 F.3d 15 (2d Cir. 1997).

United States courts have demonstrated a pro-recognition and pro-enforcement policy.⁵⁷ Although there are grounds under which a party may challenge the recognition and enforcement of an award, the party challenging has the burden of proof. For example, under Article V (1) (a), a party may challenge confirmation based on the invalidity of the agreement to arbitrate due to incapacity of a party or because the agreement is not valid under applicable law.⁵⁸ Second, under Article V (1) (b), confirmation can be challenged on the basis that there was lack of notice or the opportunity of a party to present his case.⁵⁹ Third, under Article V (1) (c), confirmation can be challenged if the award deals with a matter beyond the submission.⁶⁰ Fourth, under Article V (1) (d) confirmation can be challenged if the composition of the Arbitral Tribunal, or its procedure, fails to follow the arbitral agreement or the law of the place of arbitration.⁶¹ Fifth, under Article V (1) (e), confirmation can be challenged if the award is not yet binding or has been set aside or suspended in the country where made. The point at which an arbitral award is deemed "binding" under applicable law varies.⁶² An award set aside in its country of origin still may be recognized in the United States.⁶³ Sixth, under Article V (2) (a), confirmation can be recognition and enforcement may be challenged if the subject of the dispute is not capable of settlement by arbitration in the enforcement jurisdiction. For example, U.S. antitrust laws may not be arbitrable unless they have a "reasonable factual connection" to the contract containing the arbitration clause.⁶⁴ In *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*, Act of State was argued in this regard. However, this is no longer available as an objection because of a statutory change under 9 U.S.C. §

⁵⁷ *Sherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

⁵⁸ New York Convention, Article V (1)(b), also see *Corcoran v. Ardra Ins. Co. Ltd.*, 77 N.Y.2d 225 (1990).

⁵⁹ New York Convention, Article V (1)(b), also see *Iran Aircraft Industries v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141 (2d Cir. 1992); *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974); *Biotronik Mess-und Therapiegerate GmbH v. Medford Medical Instrument Co.*, 415 F.Supp. 133 (D.N.J. 1976); *Laminoids-Trefileries-Cableries de Lens, S.A. v. Southwire Co.*, 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980); and *Sesostris, S.A.E. v. Transportes Navales, S.A.*, 727 F. Supp. 737 (D. Mass. 1989).

⁶⁰ New York Convention, Article V (1)(b); *Whittemore*, supra; and *International Standard Electric Corp. v. Bidas*, supra.

⁶¹ New York Convention, Article V (1)(b); *Imperial Ethiopian Government v. Baruch-Foster Corp.*, 535 F.2d 334 (5th Cir. 1976); *Al Haddad Bros. Enterprises v. M/S Agapi*, 635 F. Supp. 205 (D. Del. 1986), aff'd without op., 813 F.2d 396 (3d Cir. 1987); and *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co.*, 733 F. Supp. 800 (D. Del. 1990).

⁶² See *USFEE State Foreign Econ. Enter. v. Tradeway, Inc.*, 1996 U.S. Dist. Lexis 2827 (S.D.N.Y.); *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 1990 Dist. Lexis 16250 (S.D.N.Y.).

⁶³ See *Chromalloy AeroServices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996); and *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.*, supra.

⁶⁴ *Coors Brewing Co. v. Molson Breweries*, 51 F.3d 1511 (10th Cir. 1995).

15.⁶⁵ Seventh, under Article V (2) (b), recognition and enforcement may be challenged, if confirmation would be against public policy in the United States.⁶⁶

The Procedure for Obtaining Recognition and Enforcement of an Award in the United States

To obtain recognition and enforcement in the United States, several steps and requirements must be met. Essentially, the party seeking confirmation must submit authenticated originals or certified copies of the arbitration agreement and award, with translation if necessary. U.S. District Courts have original and removal jurisdiction without regard to the amount in controversy. In terms of venue, venue is proper in any court in which an action could have been brought (but for arbitration) or at any place specified in the arbitration agreement. In terms of challenges to recognition and enforcement, these are handled as motions. In terms of when to seek recognition and enforcement, it is also necessary for the parties to adhere to the Statute of Limitations, which is three years in the United States. In terms of recognition and enforcement of non-New York Convention foreign awards, these can be recognized and enforced under generally applicable State law in some States. Given the deference and pro-enforcement preference in the United States, conversion of the award into a foreign judgment may be desirable as these judgments are readily enforceable in a number of U.S. states under the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act⁶⁷ and elsewhere by comity. Due process and public policy defenses generally parallel the New York Convention.

V. CONSIDERATIONS IN DRAFTING FORUM SELECTION CLAUSES IN AGREEMENTS

The first thing that should be considered when drafting a forum selection clause is whether to have exclusivity or non-exclusivity. Exclusivity greatly limits flexibility, but ensures against multiple actions with a race to judgment or potentially conflicting results if enforced. However, courts are reluctant to hold a clause exclusive unless the language expressly requires it. For example, a clause may bind one party to litigate in a specified forum, but allow the other greater freedom.⁶⁸ Second, parties should consider the scope of the clause. For example, the parties need to decide whether the clause should be drafted to include all disputes or only selected disputes. If all disputes are desired, then the clause should include the language of all disputes 'arising out of'

⁶⁵ *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*, 482 F. Supp. 1175 (D.D.C. 1980), vacated without op., 684 F.2d 1032 (D.C. Cir. 1981); 9 U.S.C. § 15.

⁶⁶ New York Convention, Article V (2)(b); see also *Parsons & Whittemore*, supra, ("only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice"); *Fotochrome, Inc. v. Copal Co., Ltd.*, 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975); *Transmarine Seaways Corp. of Monrovia v. Marc Rich & Co.*, 480 F. Supp. 352 (S.D.N.Y. 1979); *Laminoirs v. Southwire*, supra; *La Societe Nationale v. Shaheen Natural Resources*, 585 F. Supp. 57 (S.D.N.Y. 1983); *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, 737 F.2d 150 (2d Cir. 1984); *Northrop Corp. v. Triad International Marketing, S.A.*, 811 F.2d 1265 (9th Cir. 1987); *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co.*, supra.

⁶⁷ See *Island Territory of Curacao v. Solitron Devices, Inc.*, 489 F.2d 1313 (2d Cir. 1973).

⁶⁸ See, e.g., *Copperweld Steel Co. v. Demag-Mannesmann-Bohler*, 578 F.2d 953 (3d Cir. 1978).

or "relating to". In order to guarantee personal jurisdiction in a particular forum, the parties should have an express consent to jurisdiction and appointment of an agent for service of process if needed.

The choice of forum clause should comport with the choice of law clause, as this assists in enforcement of the forum selection clause and avoids the costs of proving "foreign" law in case of litigation. The following is a model forum selection clauses provided in Born and Westin, International Civil Litigation in United States Courts:

a. "All disputes arising from this agreement shall be tried before the courts of [specify forum]."

b. "This agreement shall be interpreted in accordance with the laws of [specify jurisdiction] by the courts of [specify forum]."

c. "All disputes relating to or arising in connection with this agreement shall be decided by the courts of [specify forum], to the exclusion of any other courts."

d. "All disputes under this agreement shall be decided by [specify forum] unless seller chooses to commence legal action in [specify alternative forum]."

e. "All disputes arising under or in connection with this agreement shall be decided by the courts of [specify forum] and buyer hereby irrevocably waives all right to bring any such action in any other courts. Buyer hereby designates [specify forum] as its agent for the purpose of accepting service of process within [specify forum]."

f. "Both parties agree that only the courts of [specify forum] shall have jurisdiction over this agreement and any controversies arising out of this agreement."

g. "The parties hereby submit to the exclusive jurisdiction of the courts of [specify forum] as regards all matters arising out of, or in connection with, this contract; provided, however, that such submission shall not preclude any party to this contract from taking any provisional measures or pursuing any provisional remedies, such as attachment or similar proceedings, which may be available to such party under the laws of any jurisdiction (including without limitation the courts of [specify nation] and any courts of the United States or the State of [specify state]) against the assets of the other party."

Enforcement of Forum Selection Clauses in the United States

In the United States, forum selection clauses will be enforced unless the choice is "unreasonable and unjust," or "seriously inconvenient"⁶⁹, the product of fraud or "over-reaching" or made in an effort to apply foreign law to "an essentially American controversy" in violation of some important U.S. public policy.⁷⁰ In fact, even a non-negotiated clause in a form such as a cruise ticket will be enforced if "reasonable."⁷¹ In terms of public policy, courts are divided on choices of foreign *fora* where United States Securities Law claims are involved.⁷² In some cases a foreign court may

⁶⁹ For cases considering allegations of serious inconvenience, see, e.g., *Copperweld*, supra, and *Walter E. Heller & Co. v. James Godbe Co.*, 601 F. Supp. 319 (N.D. Ill. 1984).

⁷⁰ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S.1 (1972).

⁷¹ *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 505 (1991) (Florida court choice reasonable for Washington State passengers on cruise off Pacific coast of Mexico).

⁷² Compare *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir.), cert. denied, 510 U.S. 1113 (1994) with *Richards v. Lloyd's of London*, 107 F.3d 1422 (9th Cir. 1997); see also *Union Insurance Society of YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

be perceived as incapable of fairly adjudicating a dispute and a clause selecting that forum will not be enforced.⁷³ Federal Circuit courts are divided on the extent to which The Bremen and other federal law principles apply to diversity cases. A few States courts treat The Bremen as persuasive, but not binding and may not enforce forum selection clauses. Conversely, some State laws (e.g., New York General Obligations Law § 5-1402) expressly endorse selection of that State's courts by foreign parties in particular circumstances. For example, where the State's law has been chosen to govern, where there is a consent to jurisdiction clause, and where a specified size of transaction test is satisfied. Under 28 U.S.C. § 1404 (a) a U.S. Federal Court may transfer a case to another Federal Court, which may be done to transfer to a forum selected by the parties in their agreement.⁷⁴ Enforceability is enhanced by evidence that a forum selection clause was agreed on or even bargained for.

Jurisdiction over Foreign Claims and Parallel Litigation

In the United States and an increasing number of foreign courts, personal jurisdiction over foreign parties is available. Jurisdiction can be based on domicile, incorporation, or registration to do business.⁷⁵ In addition, jurisdiction can also be based on continuous activities within the forum.⁷⁶ Furthermore, jurisdiction can be based on transitory presence within the forum⁷⁷ or even based on "purposeful availment" and "reasonableness."⁷⁸ Jurisdiction also can be established based on activities of alter ego or having an agent within the forum.⁷⁹ This has created a real possibility of parallel litigation in more than one forum.

Judicial Mechanisms for Dealing with Parallel Proceedings

Because parties often distrust foreign judicial actions, there is a natural tendency for a party to start an action in the forum of their own country rather than the forum selected in the agreement or the forum logical to the dispute. The problem is that there are often a basis for jurisdiction in both forums, which can lead parallel proceedings. In the United States, there is no outright ban on parallel proceedings. However, United States courts will review parallel proceedings if requested by a party to determine if there is a reason to prevent a proceeding from moving forward. For example, to avoid undue expense on the parties and duplication. A court may, but is not required to, stay its

Canton, Ltd. v. S.S. Elikon, 642 F.2d 721, (4th Cir. 1981) (refusing to enforce choice of forum and law clauses in favor of Germany in dispute over shipment of goods from U.S. to Kuwait; allowing action to go forward in Germany would violate U.S. policy on limitations on liability).

⁷³ For example, McDonnell Douglas Corp. v. Islamic Republic of Iran, 758 F.2d 341 (8th Cir.), cert denied, 474 U.S. 948 (1985).

⁷⁴ See Stewart Organization, Inc. v. Ricoh Corp., 487 U.S. 22 (1988).

⁷⁵ Milliken v. Meyer, 311 U.S. 457 (1940).

⁷⁶ Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall, 466 U.S. 408 (1984).

⁷⁷ Burnham v. Superior Court of California, County of Marin, 495 U.S. 604 (1990).

⁷⁸ See Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462 (1985); Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court, 480 U.S. 102 (1987).

⁷⁹ Hargrave v. Fibreboard Corp., 710 F.2d 1154 (5th Cir. 1983).

own proceeding in deference to another under the doctrine of *lis alibi pendens*.⁸⁰ In addition, a court may dismiss an action before it on the basis of *forum non conveniens* where a more convenient forum is available.⁸¹

Anti-suit injunctions may be used to direct a person subject to the court's jurisdiction to cease prosecuting or refrain from bringing an action in another jurisdiction which also would be available.⁸² Such injunctions are issued "sparingly".⁸³ Grounds cited include:

1. To restrain vexatious, oppressive or duplicative litigation.
2. To uphold a pre-existing obligation not to sue other than in the enjoining forum.
3. To vindicate forum public policy⁸⁴
4. To protect the jurisdiction of the enjoining court (i.e., by issuing a "counter-injunction" to bar a party from asking another court for an antisuit injunction to enjoining first court from hearing the case).

Enforcement of Foreign Judgments in the United States

The United States, unlike many other nations, is not a party to any international judgment convention. Therefore, enforcement is a matter of comity and follows the procedures of State law.⁸⁵ In essence, for a party to obtain enforcement they need to file a new action on the judgment. This is normally decided by summary judgment without the need for full pleadings etc. However, it is also important to note that most U.S. jurisdictions, have enacted the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act. For example, in New York, Article 53 of the New York CPLR, provides for automatic enforcement of any judgment of another nation granting or denying recovery of a sum of money, other than a judgment for taxes, a fine or other penalty, or a judgment for support in matrimonial or family matters, unless one of a limited number of defenses can be shown. In New York, the foreign judgment may be asserted by an action on the judgment, a motion for summary judgment in lieu of a complaint, or by counterclaim, cross-claim or affirmative defense in a pending action. In some of the other states, the "uniform" statute is different and permits registration or filing of the judgment with appropriate authorities, followed by enforcement as if it were a domestic judgment. However, a foreign judgment will not be enforced if it was rendered "under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law," or if the foreign court lacked personal jurisdiction over the defendant. The recognized bases for personal jurisdiction under this act include:

1. the defendant was served personally in the foreign state;
2. the defendant voluntarily appeared in the proceedings, other than for the purpose of protecting property seized or threatened with seizure in the proceedings or of

⁸⁰ See, e.g., *Laker Airways, Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984).

⁸¹ *Piper Aircraft v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981); *Gulf Oil v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).

⁸² *Laker World Airways, supra*; *Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (6th Cir. 1992).

⁸³ *Seattle Totems Hockey Club Inc. v. National Hockey League*, 652 F.2d 852 (9th Cir. 1981), cert. denied, 457 U.S. 1105 (1982).

⁸⁴ See *Laker Airways and Seattle Totems, supra*, indicating special solicitude for U.S. antitrust laws).

⁸⁵ See *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

contesting the jurisdiction of the court over him;

3. the defendant prior to the commencement of the proceedings had agreed to submit to the jurisdiction of the foreign court with respect to the subject matter involved;

4. the defendant was domiciled in the foreign state when the proceedings were instituted, or, being a body corporate had its principal place of business, was incorporated, or had otherwise acquired corporate status, in the foreign state;

5. the defendant had a business office in the foreign state and the proceedings in the foreign court involved a cause of action arising out of business done by the defendant through that office in the foreign state; or

6. the defendant operated a motor vehicle or airplane in the foreign state and the proceedings involved a cause of action arising out of such operation.

In addition, the foreign judgment need not be, and usually will not be, given conclusive effect in the United States if the United States court finds that:

1. the foreign court did not have jurisdiction over the subject matter;

2. the defendant in the proceedings in the foreign court did not receive notice of the proceedings in sufficient time to enable him to defend;

3. the judgment was obtained by fraud;

4. the cause of action on which the judgment is based is repugnant to the public policy of the U.S. state where enforcement is sought;

5. the judgment conflicts with another final and conclusive judgment;

6. the proceeding in the foreign court was contrary to an agreement between the parties under which the dispute in question was to be settled otherwise than by proceedings in that court; or

7. in the case of jurisdiction based only on personal service, the foreign court was a seriously inconvenient forum for the trial of the action.

States without a foreign judgment statute apply their common law, which usually involves similar standards of due process and public policy. Under some circumstances, courts will give collateral estoppel effect to determination of issues in foreign judgments, as well.⁸⁶

Enforcement of United States Judgments in Foreign Countries

Most countries are signatories to key treaties on enforcement of foreign judgments or have direct treaties with other nations providing for enforcement of judgments. For example, the 1978 Brussels Convention Relating to the Jurisdiction of Courts and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. However, the United States is not a party to such arrangements. Therefore, a court action on the judgment is normally required. When foreign courts are presented with a request to enforce a judgment from the United States, most courts look at the adequacy of the U.S. court's jurisdiction and process under the standards of the enforcing nation's law. A key distinction is that some foreign laws do not permit enforcement of a judgment if it remains subject to appeal, unlike the rule in the United States. In addition, public policy

⁸⁶ Compare *Vas-Cath Inc. v. Mahurkar*, 745 F. Supp. 517 (N.D. Ill. 1990), rev'd on other grounds, 935 F.2d 1555 (Fed. Cir. 1991), with *Cuno Corp. v. Pall Corp.*, 729 F. Supp. 234 (E.D.N.Y. 1989).

criteria will be applied, and these vary from country to country. Furthermore, some types of United States judgments may be viewed as penal and are, therefore, not enforced. For example, under the so called "clawback" statute of the United Kingdom, directed at treble damages in antitrust cases, which denies enforcement to foreign judgments for "multiple damages." Finally, under the principle of reciprocity, discussed previously, enforcement may be required.

VI. NAFTA AND WTO DISPUTE RESOLUTION

Under the rules of the North American Free Trade Agreement [hereinafter "NAFTA"] and the World Trade Organization [hereinafter "WTO"] Government-to-Government arbitration mechanisms for resolution of international trade issues exist. In terms of NAFTA, Bi-national Review Panels are established to rule on anti-dumping (AD) and countervailing duties (CVD) issues through an arbitral type of procedure. Although brought nominally by one Government against another Government, such claims typically are instigated by private companies in an adversely affected industry in one country working closely with their Government. A substantial body of Canada-United States precedent exists.

Under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and WTO Dispute Settlement Agreement (DSA) many disputes are being settled. WTO dispute settlement mechanisms are handled by the WTO Dispute Settlement Body [hereinafter "DSB"]. The WTO's General Council, with representatives from every Member country, constitutes the DSB. If requested, the DSB establishes a Dispute Settlement Panel to hear a dispute. Dispute Settlement Panels adjudicate compliance of a government with GATT/WTO free trade principles. The Panel's decisions are either approved, approved with changes, or rejected by the DSB. If approved, DSB Reports are adopted automatically unless there is a DSB consensus against adoption. DSB Reports may be appealed to the standing appellate body. A government that fails to comply with rulings may be the object of retaliatory trade actions by the aggrieved government. With the Uruguay Round and the WTO, the binding force of these Dispute Settlement Panels' decisions and DSB reports have been significantly increased.

NAFTA Dispute Resolution

Under NAFTA a regime of private/governmental investment dispute resolution exists. For example, Chapter 11 Section A sets out substantive standards for treatment of foreign investments (with a number of exceptions), specifying *inter alia* the better of National Treatment or Most-favored Nation (MFN) treatment and non-discriminatory treatment. However, it is important to recognize the exceptions to which Chapter 11 does not apply. For example, financial services, some intellectual property rights, and various specially-listed sector or activity exemptions. These include such things as, limitations on performance requirements; free transfer and repatriation of funds; and that expropriatory takings must be for a public purpose, non-discriminatory and based on fair market value compensation.

Chapter 11 Section B addresses settlement of investment disputes between a Party and the investor of another Party based on alleged breach of those standards. An arbitrable dispute may arise in relation to an "investment", including an action by a

state enterprise that exercises any regulatory, administrative or other governmental authority, such as the power to expropriate, grant licenses or impose quotas, fees or charges.⁸⁷ An "investment" is broadly defined but does not include a loan to a state enterprise or "commercial contracts for the sale of goods or services" across national borders.⁸⁸ In addition, under Article 1116 (1), an investor must have "incurred loss or damage by reason of, or arising out of" the breach.⁸⁹ Furthermore, the claim must be asserted within three years of when "the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage".⁹⁰

The arbitration options available under NAFTA include:

ICSID arbitration, if the host country and the investor's country are parties to the ICSID Convention.

1. ICSID's "Additional Facility" Rules, if one country is not an ICSID party. (Dispute must be accepted by ICSID under these rules.)

2. Ad hoc arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules.

In terms of bringing a claim, there are several procedural requirements. First, no claim may be submitted to arbitration until six months have elapsed "since the events giving rise to a claim".⁹¹ During that time, the disputing parties are encouraged to attempt to reach a settlement through consultation or negotiation.⁹² Second, the investor must give 90 days notice of intention to submit a claim to arbitration, specifying issues and the "factual basis" for the claim.⁹³ Third, as a condition precedent to submission of a claim to arbitration, the investor must in the submission document consent to arbitral jurisdiction under NAFTA and waive any right of recourse to a domestic administrative tribunal or court (except for injunctive or declaratory relief).⁹⁴

There are several particular procedures specified in NAFTA arbitration. These include:

1. Normally three arbitrators, one appointed by each disputing party and the third chosen by agreement of the disputing parties; in the absence of agreement within 90 days, the Secretary-General of ICSID is the appointing authority. (Arts. 1123, 1124.)

2. Secretary-General may select from a special list of 45 potential presiding arbitrators "experienced in international law and investment" to be drawn up "by consensus." Presiding arbitrator will not be of same nationality as either disputing party. If no such person is available, a name from the existing ICSID Panel of Arbitrators may be selected. (Art. 1124 (4).)

3. Power to consolidate arbitrations, on the basis of a common question of law or fact, and after hearing the parties, is provided to a Tribunal that may be convened

⁸⁷ NAFTA, Art. 1503 (2).

⁸⁸ NAFTA, Art. 1139.

⁸⁹ *Id.* at art. 1116 (1).

⁹⁰ *Id.* at art. 1116 (2).

⁹¹ *Id.* at art. 1120 (1).

⁹² *Id.* at art. 1118.

⁹³ *Id.* at art. 1119.

⁹⁴ *Id.* at art. 1121.

for this purpose. (Art. 1126.)

4. Place of arbitration, unless the disputing parties have agreed, will be where the Tribunal determines in any N.Y. Convention member county. (Art. 1130.)

5. Governing Law: the NAFTA Agreement itself "and applicable rules of international law." (Art. 1131.)

6. The Tribunal may appoint an expert on its own initiative "to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety or other scientific matters raised by a disputing party", but only if the disputing parties (jointly) do not disapprove such an action, and "subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree." (Art. 1133.)

7. Interim measures of protection to preserve evidence or protect a Tribunal's jurisdiction are authorized, but not an order of attachment or injunction against specified governmental enforcement actions. (Art. 1134.)

8. Any governmental Party may participate in any dispute by making written submissions on a question of NAFTA interpretation. (Art. 1128.)

Enforcement of NAFTA Awards

Enforcement of NAFTA awards involves limitations. For example, under Article 1135, awards against a governmental Party may include monetary damages and interest. In addition, they may award restitution of property, but the Party must be given the option of monetary damages instead. Furthermore, they may not include punitive damages.⁹⁵ In addition, NAFTA awards have no binding force except between the particular disputing parties and "in respect of the particular case".⁹⁶ Furthermore, enforcement cannot be sought until a delay period runs.⁹⁷ Under the ICSID Rules this is 120 days plus time of any annulment proceeding. If the dispute is handled by UNCITRAL or Additional Facility then the period is three months plus time of any proceeding to revise, set aside or annul. Under the NAFTA regime, each sovereign Party "undertakes to provide for the enforcement in its territory of an award".⁹⁸ In a case of sovereign non-compliance, the investor's sovereign may take the matter to the NAFTA Commission, pursuant to Chapter 20, for a determination and "recommendation" that the defaulting party comply. In any case, the investor may seek judicial enforcement under the ICSID Convention, New York Convention or Inter-American Convention.⁹⁹ In terms of publication of awards, the United States and Canada agree any award may be published by either disputing party in a proceeding in which they are involved. However, Mexico sticks to the provisions of the arbitration rules as written, meaning no publication under UNCITRAL Rules or ICSID Rules unless both parties agree. Finally, an investor's receipts under an insurance, guarantee or indemnification agreement may not be asserted as a defense or set-off.¹⁰⁰

There is also a general provision calling for encouragement of arbitration and

⁹⁵ *Id.* at art. 1135.

⁹⁶ *Id.* at art. 1136 (1).

⁹⁷ *Id.* at art. 1136 (3).

⁹⁸ *Id.* at art. 1136 (4).

⁹⁹ *Id.* at art. 1136 (6).

¹⁰⁰ *Id.* at art. 1137 (3).

other means of alternative dispute resolution for purely private international commercial disputes and creating an Advisory Committee to report and recommend further in this area.¹⁰¹

CONCLUSION

As this paper demonstrates, although international arbitration is in many ways different from traditional litigation it provides parties with an efficacious and often preferable alternative to settle their disputes. Advantages to international arbitration include being usually faster, cheaper than traditional arbitration as well as providing privacy and confidentiality. In addition, final and binding arbitration provides some degree of finality and limits potential challenges to certain grounds. Disadvantages are few and include mainly problems with parallel proceedings, reciprocity concerns, and enforcement. However, most countries are signatories to such treaties as the New York Convention, which makes these less likely to occur.

Parties that choose international arbitration as the method of dispute settlement, nonetheless, need to understand the mechanisms involved, laws that may be applied and rules regarding arbitration, reciprocity, and enforcement that exist in the forum where the dispute is decided or where enforcement is ultimately sought. Parties must carefully draft their arbitration clause, choice of law and choice of forum clauses to ensure the best outcome and that their preferences for such are adhered to in the dispute and after an award is issued. The best solution is to utilize institutional arbitration and to ensure that the language they employ comports with the rules of the arbitration institution they have selected, rules and laws of the forum, and that the agreement anticipates potential problems through clear and concise language in the various clauses of their agreement.

BIBLIOGRAPHY

American Arbitration Association, *Drafting Dispute Resolution Clauses: A Practical Guide* (2007).

Bermann, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 Colum. J. Transnat'l L. 589 (1990).

Bond, *How to Draft an Arbitration Clause (Revisited)*, 1 ICC Int'l Ct. Arb. Bul. (No. 2) 14 (1999).

Born, *International Commercial Arbitration* (2009).

Born and Westin, *International Civil Litigation in United States Courts* (2d ed. 1992).

Brand, ed., *Enforcing Foreign Judgments in the United States and United States Judgments Abroad* (ABA 1992).

Craig, Park and Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd Ed., 2001).

Folsom, Gordon, and Spanogle, *International Business Transactions: A Problem Oriented Casebook* (10th Ed., 2009).

¹⁰¹ *Id.* at art. 2022.

Gruson, *Forum Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, 1982 Ill. L. Rev. 133.

Kaufmann-Kohler, *International Arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners* (2004).

Macneil, Speidel and Stipanowich, *Federal Arbitration Law* (1994).

McClelland and Goodman, eds., *International Commercial Arbitration in New York* (1986).

McClelland, ed., *Survey of International Arbitration Sites* (3d ed. 1993).

Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2008).

Nelson, *Alternatives to Litigation of International Disputes*, 23 Int'l. L. 187 (1989).

Newman & Zaslowsky, *Litigating International Commercial Disputes* (2006).

Park and Cromie, eds., *International Commercial Litigation* (2d ed. 1997).

Platto, ed., *Enforcement of Foreign Judgements Worldwide* (1989).

Redfern and Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Revised Ed., 1999).

Tweedale and Tweedale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice* (2006).

van den Berg, ed., *International Handbook on Commercial Arbitration* (1990).

Westin, *Enforcing Foreign Commercial Judgments and Arbitral Awards in the United States, West Germany and England*, 19 Law & Policy in Int'l. Bus. 325 (1989).

Periodicals

American Review of International Arbitration.

Arbitration International.

ICC International Court of Arbitration Bulletin.

ICSID Review - Foreign Investment Law Journal.

Journal of International Arbitration.

ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: WHERE ARE WE NOW?

(AVRUPA BİRLİĞİ'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE KATILIMI: HANGİ AŞAMADAYIZ?)

Yard. Doç. Dr./ Asst. Prof. Dr. Ozan TURHAN*
Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Margerite TURHAN**

ÖZET

Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması artık sadece bir zaman meselesi olarak karşımıza çıkmakta ve bu katılımından beklenen etkinin de genel olarak olumlu olacağı görüşü yaygın bulunmaktadır. Fakat katılımın gerçekleşmesinden önce Avrupa Adalet Divanı'nın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkilerinin aralarında nasıl bölüneceği, Avrupa Birliği Hukuku'nun üstünlüğü prensibi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yer alacak hakimlerin atanmaları ve görevleri gibi pek çok sorun ele alınmalıdır. İşbu makalede Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılımın arkasında yatan sebepler ve planlanan katılımın kaynaklanan bir takım sorular ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği'nde temel haklar, Bosphorus Davası, Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğü.

ABSTRACT

The EU's accession to the ECHR is, after the coming into force of the Treaty of Lisbon, only a question of time. The effects expected of such an accession are generally positive. However, questions regarding the division of competences between the ECJ and the ECtHR, the supremacy of EU law and the appointment and role of judges at the ECtHR, to name just a few, must be addressed before the accession becomes reality. This article discusses the reasons for accession and some of the questions raised by the planned accession of the EU to the ECHR.

Keywords: European Union, European Convention on Human Rights, Lisbon Treaty, fundamental rights in the European Union, Bosphorus case, supremacy of European Union law.

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

** Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Public International Law, e-mail: margerite.turhan@yeditepe.edu.tr

Introduction

Though the three Treaties that lie at the basis of the present European Union (EU) did not contain a reference to the protection of fundamental rights, thanks to a purposive interpretation of the Treaties by the European Court of Justice (ECJ) it has become clear that the EU is bound by fundamental rights, an interpretation that has since been codified in the Treaties by which the protection of fundamental rights is given a formal legal basis in EU law. Whereas fundamental rights were at first merely recognized as *general principles of EU Law* with the Maastricht Treaty of 1991, with the signing of the Lisbon Treaty in 2007 the status of fundamental rights was raised to *one of the foundations of the Union*, while the Charter of Fundamental Rights and Freedoms this Charter was given the same legal value as the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and thus part of the constitution of the EU. The final step firmly rooting the protection of fundamental rights in the EU legal system would be the accession of the EU to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), for which Article 6(2) TEU as well as Article 59(2) of the ECHR as amended by Protocol 14 to the ECHR provide.

However, this accession will take some doing as it is not clear what exactly the full legal implications of the accession will be. This article gives an overview of the questions the EU will need to deal with before accession can be realized and will also discuss the Draft Agreement on the accession of the EU to the ECHR as negotiated between the Steering Committee for Human Rights of the Council of Europe and the EU European Commission as published in June 2011.

Accession to the ECHR: why, and why now?

As the scope of the three original Treaties was mainly limited to economic integration of the Member States, it was not foreseeable that a Treaty provision or secondary legislation based on the Treaties could conflict with fundamental rights. Consequently, the Treaties did not mention fundamental rights nor did they authorize the ECJ to take them into account when deciding on the validity or correct interpretation of EU law. For these reasons, the ECJ initially repeatedly held that it could not be held responsible for the protection of fundamental rights, in case EU law possibly infringed them. In its 1959 ruling in 'Stork' for instance, the Court found that since it was only competent to apply *Community law*, it was not empowered to examine the compatibility of Community law with a *Member State's* constitutional law.¹ With the famous rulings of 'Van Gend en Loos' and 'Costa ENEL',² establishing the supremacy of EU law over conflicting national law, the door to examining EU law on the basis of national law of one of the Member States seemed firmly closed and double locked.

It was only in the 1970s that the importance of human rights was acknowledged by the ECJ. Even though the Court in its ruling in 'Internationale Handelsgesellschaft' reiterated the principle of supremacy of EU law over all national law of the Member

¹ Case 1/58, Stork v. High Authority [1959] ECR 17, under 3A.

² Cases 26/62, Van Gend en Loos v. Neerlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1 and 6/64, Costa v. ENEL [1964] ECR 585.

States, it found that respect for fundamental rights forms an integral part of the *general principles of EU law*, for the protection of which the Court and the EU as a whole are responsible.³ This ruling gave the green light for a rapid development of EU fundamental rights, without there being a basis in the Treaty. For this reason, the Court based itself on the shared values of the Member States' national constitutions and even recognized a large number of international human rights treaties as sources of fundamental rights in EU law. Not only did the Court make reference to the ECHR,⁴ but also to the ICCPR, the European Social Charter, and several other international treaties.⁵ In recent case law however the ECJ refers to the fundamental rights as protected by the ECHR as being the very foundation of the Community legal order, from which the Member States are not allowed to deviate and which cannot be put aside even by the Charter of the United Nations or by any other binding international treaty.⁶ The Court continued however with reasoning that these fundamental rights were a constitutional guarantee stemming from the EC Treaty as an autonomous legal system which not to be prejudiced by an international agreement.⁷

Therefore, despite the fact that the ECJ has thus consistently given more and more consideration to the ECHR and the case law of the ECtHR,⁸ and regardless of the fact that all Member States of the European Union were already party to the ECHR, because of the fact that until recently the EU could not even accede the Convention even if it would have wanted to for reasons of both the ECJ⁹ and the Convention itself not allowing for the accession, the EU and its institutions have rightly never regarded the Convention as directly binding.

The same cannot be said for the Member States of the EU. All 27 of them are members of the Council of Europe and signatories to the ECHR, some of them even before they became Member States of the EU. This brings us to the question of what position of these Member States will be in case the obligations stemming from the membership in these two different international organizations conflict. That this is not a theoretical question can be shown by the judgments of the ECJ and the ECtHR in the case of 'Bosphorus'. The facts of this case were as follows; a Turkish company 'Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi' leased aircrafts from the Yugoslav National Airlines. On a maintenance stop in Ireland, one of the aircrafts was seized by the Irish authorities pursuant to an EU Regulation, implementing a decision of the United Nations Security Council containing sanctions against the

Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr-und Vorratstelle fuer Getreide und ermittel* [1970] ECR 1125.

Case 36/75, *Rutili v. Ministre de l'Intérieur* [1975] ECR 1219.

Case C-249/96, *Grant v. South West Trains Ltd* [1998] ECR I-621; Case C-60/92, *Otto BV v. Post-NV* [1993] ECR I-5683; Case 374/87, *Orkem v. Commission* [1989] ECR 3283.

Joined Cases C-402/05 P and 415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

ibid., para 316.

Med and Butler, *The European Union and Human Rights: An International Law Perspective*, EJIL, CR 1 and 17, no. 4, p. 775.

Case C-2/94, *Commission v. Greece* [1996] I-1759, in which the ECJ found that the EC lacked competence to accede.

governments of Serbia and Montenegro.¹⁰ As Regulations have direct effect in the national legal orders of the Member States, Ireland was bound by EU law to confiscate the airplane. ‘Bosphorus’ however was of the opinion that the seizure was an infringement of *EU law*, entailing a violation of his fundamental right of freedom to pursue a business as protected by Article 1 of the 1st Protocol to the ECHR. As shown above, the ECHR and its Protocols were at the time of this case recognized by the ECJ as sources of fundamental rights that were regarded as general principles of EU law. The Turkish company therefore contested the measure, and thereby the interpretation of the Regulation by the Irish authorities, before an Irish court. The court referred the case to the ECJ for a preliminary ruling, as it was not competent to decide on the validity of the Regulation itself. The ECJ decided however that though the Regulation may have violated Bosphorus’ right to property, this interference was, according to the ECJ’s own case law on property rights, not disproportionate.¹¹ The Irish court could, as a result, dismiss Bosphorus’ claim. Not satisfied with this outcome, Bosphorus took the case to the ECtHR.

The ECtHR, after having established that the matter fell within the jurisdiction of Ireland – irrespective of the fact that the domestic law was directly based on EU law -, found that compliance with legal obligations flowing from EU membership was critical for the proper functioning of a supranational organization such as the EU, and could hence be regarded as a legitimate interest under Article 1 of the 1st Protocol, justifying the limitation to the right to enjoy property. The ECtHR continued its deliberations by saying that though membership to such a supranational organization does not absolve the signatories to the ECHR completely from their responsibilities under the Convention, since EU law provides for a protection of human rights to a level that is ‘comparable’ to the level provided for by the ECHR, Member States of the EU are discharged from their responsibility under the Convention when acting in compliance with EU law.¹² Member States are only fully responsible under the Convention for acts that fall outside the legal obligations towards the EU, and in case convincing evidence could be provided that the protection of fundamental rights provided by the EU is ‘manifestly deficient’.

According to the ruling of the ECtHR in ‘Bosphorus’, therefore, actions of the Member States of the EU will not be scrutinized by the ECtHR, if these actions are the direct result of a complete transfer of competences by the Member State to the EU, and as long as the protection of fundamental rights under EU law is comparable to the level of protection provided for by the ECHR. With the Lisbon Treaty, the number of areas of competence in which the EU acts as a supranational organization has grown considerably, which means that the ECtHR does not have jurisdiction over most of the actions of the EU Member States, despite the fact that they are signatories to the Convention. Since it is hard to imagine that, after the Charter of Fundamental Rights of the European Union has become binding with the coming into force of the Lisbon Treaty,

¹⁰ UN S.C. Resolution 820, U.N. Doc S/RES/820, 17 April 1993.

¹¹ Case C-84/95, Bosphorus [1996] ECR I-3953.

¹² ECtHR, application no. 45036/98, Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, 30 June 2005, para 155.

the level of protection of fundamental rights in the EU will diminish, and even more difficult to imagine that the ECtHR would decide that there are 'manifest deficiencies' in the protection of fundamental rights by the ECJ, it is therefore unlikely that Member States will ever end up finding themselves in a situation in which fulfillment of their obligations under EU law would result in a condemnation of their actions by the ECtHR.

From the above we could therefore conclude that there is no reason for the EU to sign the ECHR. Neither the EU as organization, nor its institutions, nor the Member States when executing EU law will fall under the jurisdiction of the ECtHR. It is not to be expected that a conflict of competences or obligations will come into existence, either. With what reason then was the new Article on the EU's accession to the ECHR inserted into the TEU?

Now the EU has become a major actor in the international arena, and one that takes pride in being a champion of fundamental rights, it appears strange that such an advocate of fundamental rights is not party to any international human rights treaty. Accession to the ECHR would certainly increase the credibility of the EU in regard to issues of (international) fundamental rights. Next to that, by submitting itself to the external control of the European Court of Human Rights (ECtHR) and agreeing to become subject to the values it expects others to respect, the EU will show that it has nothing to fear. Furthermore, accession to the ECHR would result in a consolidation of the fundamental rights applicable in the EU, thus enhancing the legal certainty of the European citizen. Finally, on the EU's accession to the ECHR the ugly 'rivalry' between the two advocates of fundamental rights in Europe would come to an end.

These arguments lead the Intergovernmental Conference (IGC), in which the representatives of national Parliaments, Heads of State or Government of the Member States and representatives of the European Parliament and the Commission come together, to decide to introduce Article I-9(2) into the Treaty establishing a Constitution for Europe, providing for the accession of the EU to the ECHR. After this Treaty was voted down in referenda held in France and the Netherlands in the early summer of 2005, the exact same provision founds its way into Article 6(2) of the Treaty on European Union, which came into force on 1 December 2009.

Towards accession: Concerns and accession negotiations

After a legal basis for the EU's accession to the ECHR thus being created, the procedure for the accession needed to be officially set in motion. Therefore, in March 2010, the European Commission proposed a Recommendation for a Council Decision that would authorize the Commission to negotiate with the Council of Europe on behalf of the European Union the terms on which this accession would take place.¹³ In this proposal, the Commission only expressed concerns that do not go beyond those, listed in Protocol 8 to the Treaty of Lisbon, relating to Article 6(2) TEU. The Commission, as 'keeper of the Treaty', is perturbed that accession to the ECHR could affect the EU's

¹³ Commission Recommendation for a Council Decision Authorizing the Commission to Negotiate the Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, SEC(2010)305.

powers as laid down in the Treaties, and especially that it could affect the exclusive role of the ECJ in interpreting and applying EU law after the ECHR becoming an integral part of primary EU law. In the same proposal, the Commission indicated that it is necessary that procedures were addressed to either the institutions of the European Union or to its Member States, as the case may be.

Similar concerns were communicated by the ECJ in their Discussion Document on certain aspects of the accession of the EU to the ECHR.¹⁴ The Court underlined the importance of the Union negotiator making sure that the ECJ will be given the opportunity to internally review acts of the Union which are susceptible to being the subject of applications to the ECtHR prior to external review by the Convention institutions. According to the principle of subsidiarity governing the functioning of the control mechanisms of the ECHR, it is for the States, signatory to the ECHR, to guarantee that the rights enshrined in the ECHR are observed at national level. Therefore, individuals normally first have to exhaust the domestic remedies according to Article 35(1) ECHR. The ECJ urges the EU negotiator to make sure that this provision will also be made applicable to actions against the (institutions of the) EU. This is especially important in cases in which the ECtHR would be asked to rule on the compatibility of an EU act with the Convention, which, in case the ECJ will not be given the chance to rule on this matter definitively, will endanger the supremacy of the ECJ as sole and last instance interpreter of EU law and thereby jeopardize the uniform application of EU law. These concerns were also communicated by the ECJ to the ECtHR, during a meeting between delegations of the two courts in which the judges discussed the accession of the EU to the Convention on 17 January 2011. In a Joint Declaration, the Presidents of the two courts agreed that it would be necessary to ensure that in all cases the ECJ would have an opportunity for internal review of acts of EU institutions and acts of Member State authorities in implementing EU law. Whereas the Presidents do not foresee any problems concerning this possibility with regard to the review of acts of EU institutions, because of the condition relating to exhaustion of domestic remedies, with regard to the review of acts of Member States implementing EU law the situation is different. In the latter case applicants will refer the matter to a national court of the Member State concerned; this national court will then decide, according to Article 267 TFEU, whether or not to refer the case to the ECJ for a preliminary ruling. In cases where the court is not obliged to refer the case to the ECJ, parties to the conflict may suggest the court to make such a reference, however the court cannot be forced to do so. This means that according to Article 35(1) ECHR, the preliminary reference procedure of Article 267 TFEU cannot be considered as a legal remedy that needs to be exhausted by the parties, before making an application to the ECtHR. A party may thus bring a matter to the ECtHR without the ECJ having had the opportunity to give a ruling on the case. The Presidents of the ECtHR and the ECJ agree that a procedure needs to be put in place to prevent this from happening.

¹⁴ Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 5 May 2010,

http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en.pdf.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

The European Parliament, in its Draft Report on the institutional aspects of the accession of the EU to the ECHR,¹⁵ subscribed to all of the above mentioned concerns, yet adding another matter that deserved attention, namely that of the representation of the EU in those bodies of the Council of Europe that exercise functions related to the execution of the ECHR, such as the Parliamentary Assembly responsible for the appointment of Judges to the ECtHR, and the Committee of Ministers responsible for the supervision of the implementation of judgments of the ECtHR.

The Justice and Home Affairs Council of Ministers published in July 2010 a first draft of the text of the Council Decision authorizing the Commission to negotiate. Only part of this draft has been made public in September 2010, as the decision contains a detailed mandate to the Commission that is not meant to be known to the other negotiation partner, the Council of Europe.¹⁶ The contentious character of the decision is also clear from the long time it needed to be adopted and enter into force, as it was only just before summer that the official negotiations between the Commission, as representative of the EU, and the Steering Committee for Human Rights of the Council of Europe could begin.¹⁷ In eight long meetings held over summer, the parties were able to draw up a Draft Agreement on the Accession of the EU to the ECHR, that would, on its being adopted and coming into force, make certain adjustments to the system of the Convention to accommodate the accession of the EU.¹⁸

The negotiators had the difficult task to reconcile the sometimes opposite interest of the ECHR and the EU with each other. The mandate of the Commission, as limited by the Council decision authorizing it to negotiate as well as by the TEU and Protocol 8 to the Treaty of Lisbon, does not allow it to consent to any agreement that will affect the competences of the EU or the power of its institutions, nor to anything that may affect the situation of Member States in relation to the ECHR. It also has to take into account the considerations of the other institutions of the EU, as listed above. Therefore, the Commission would have to try to mould the Accession Agreement to accommodate the characteristics of EU law as much as possible. The Council of Europe, on the other hand, would prefer the EU to accede the Convention on equal footing with the other High Contracting Parties to the ECHR, making only those amendments to the Convention that are strictly necessary to accommodate the accession of an international organization instead of the States that are already signatory to the ECHR. This problem can be circumvented, as has indeed already been done, by inserting a provision into the Convention, stipulating that the Status of the EU as Party to the Convention shall be further defined in the Accession Agreement; the actual amendments to be made to the Convention can thus be kept limited.

¹⁵ European Parliament Committee on Constitutional Affairs, Draft Report on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2.2.2010, PR\803011EN.doc

¹⁶ DG H 2B, 10817/10 EXT 2.

¹⁷ NB: the 14 members of the Steering Committee that were participating in the active negotiations were chosen on the basis of their expertise, 7 of them coming from Member States of the EU, 7 of them from non-EU Member States.

¹⁸ CDDH-UE (2011)16fin.

Draft Agreement on accession of the EU to the ECHR

The Draft Agreement on the accession of the EU to the ECHR was made public on 19 July 2011. For the Agreement to come into force, thus realizing the accession of the EU to the ECHR, not only the 47 parties to the Convention will have to ratify the Agreement, but according to Article 218(6)aii and (8) TFEU the Council will have to adopt, with unanimity, a Decision concluding the Agreement after having obtained consent of the European Parliament. After that, each individual EU Member State will have to ratify the Agreement according to their respective constitutional requirements. The actual accession, from the publication of the Draft Agreement onwards, may thus turn out to be a time-consuming process, even more so in case a Member State, before ratifying the Agreement, requests the ECJ for an opinion as to whether the agreement is compatible with the Treaties, as provided for by Article 218(11)TFEU. How big is the chance of such a process resulting in the need for renegotiation, or in other words, is there reason to think the Draft Agreement is not compatible with the Treaties?

- EU competences and accession to the ECHR

The concern that the EU's accession might affect its competences nor the powers of its institutions – which would be contrary to Article 6(2) TEU and Article 2 of Protocol 8 to the Treaty of Lisbon – is addressed by Article 1(2)c of the Draft Agreement, which provides that accession to the ECHR and the Protocols thereto shall impose on the EU only obligations with regard to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their behalf, and furthermore that nothing in the Convention or the Protocols shall require the EU to perform an act or adopt a measure for which it has no competence under EU law. EU competences are governed by the principle of conferral, enshrined in Article 5(1) and (2) TEU, providing that the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties. This would mean that the EU would not have competence if one of the Articles of the Treaties does not explicitly authorize the EU to take action in a certain policy area. This is however an illusion, as Article 352 TFEU enables the Union to take action if regarded as necessary, even where the Treaties have not explicitly provided the necessary powers. The safeguard embedded in this Article stipulates that action is only allowed when it is necessary to attain one of the objectives of the Treaties and as long as it fits within the framework of the policies defined by the Treaties. Because of this safeguard, the ECJ was of the opinion that, since no Treaty provision confers on the EU institutions any general power to enact rules on human rights or to conclude international conventions in this field, the EU lacked competence to accede to the ECHR in its Opinion 2/94.¹⁹ The Court found that the Article should not be abused as a substitute to the much harder procedure for an amendment to the Treaties.²⁰ However, since the Court has given this Opinion much has changed, especially after the coming into force of the Lisbon Treaty. The respect for human rights is mentioned in one of the first Articles of the TEU as one of the values on which the Union is founded, and in a further Article the protec-

¹⁹ Opinion 2/94, Accession by the Community to the ECHR [1996] ECR I-1759.

²⁰ Konstadinidis, Division of powers in European Union law: the delimitation of internal competence between the EU and the member states, p. 208.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

tion of human rights is listed as a task of the European Union. The content of Article 6 TEU has already been discussed before. We can thus say that the protection of human rights is now one of the objectives of the Treaty, and that the framework of policies, as defined by the Treaty, also encapsulates the protection of human rights. The conclusion must thus be that the EU has been conferred power to enact rules on human rights, for which reason the Council may use Article 352 TFEU as a legal basis to perform acts or adopt a measure if signatories to the ECHR and/or its Protocols so require. Article 1(2)c of the Draft Agreement in its present form, having regard to Article 352 TFEU, does therefore not provide the EU with a guarantee that it will not be obliged to adopt measures in the field of the protection of human rights if the Convention or its Protocols call for the adaptation of such measures. Such an obligation would not affect the competences of the EU, but would affect the autonomy of the EU law system.²¹

Yet with the EU more and more developing into a player on the international scene however, such a trend is only to be expected. With the EU being a Member of the World Trade Organization (WTO) since 1995, and an (enhanced) observer status at the United Nations (UN), the EU has already become bound by international law of various sources. With the Lisbon Treaty, the EU has also committed itself explicitly to the strict observance and the development of international law, including the principles of the UN Charter.²² A loss of autonomy as a consequence of accession to the ECHR is therefore not something new; this conclusion does not, however, put an end to the discussion on the desirability of the EU binding itself to a document on the protection of human rights. This discussion will not even end with the EU institutions choosing for accession, if and whenever that may happen. It is eventually up to the EU Member States having to ratify the Accession Agreement to decide whether the international organization they have founded should be held accountable according to the same rules on human rights as the Member States themselves are, or whether this international organization should be regarded as 'above the law'.

- representation of the EU in bodies of the Council of Europe

Article 6 and 7 of the Draft Agreement stipulate the ways in which the EU will be represented in the bodies of the Council of Europe when these bodies take decisions regarding the functioning of the ECHR. With regard to the election of the judges of the ECtHR, Article 6 provides that a number of delegates of the European Parliament, equivalent to the highest number of representatives to which any State is entitled according to the Statute of the Council of Europe. This number of representatives, to which presently Italy, France, Germany, the United Kingdom and Russia are entitled, is 18 out of a total of 636 MPs.²³ Every signatory to the ECHR is entitled to deliver a list of three candidates, out of which the Parliamentary Assembly elects the one to become judge in the ECtHR.

²¹ Lock, Tobias, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011.

²² Article 3(5) TEU.

²³ Article 26, Statute of the Council of Europe.

Article 7 of the Draft Agreement provides the EU with the right to participate in the Council of Europe's Committee of Ministers, with the right to vote, in the function of the Committee as supervisor of the execution of judgments of the ECtHR or of the terms of friendly settlement, and when the Committee takes decisions about the adoption and amendment of certain legal instruments. In principle the EU will be able to participate and vote on the same footing as the other signatories to the ECHR. However, since the EU and its Member States after EU accession will count for 28 of the 48 signatories to the ECHR, the Council of Europe needed to be assured that the votes of the EU and its Member States together will not prejudice the effective exercise of the Committee's functions. Therefore, the Rules of the Committee of Ministers of the Council of Europe will be changed, in a way to ensure that in cases the EU was respondent or co-respondent, it will not be able to 'block' the two-third majority of the votes of the Committee members that is necessary for a decision to refer a case of non-execution of a prior judgment of the ECtHR to the Court. According to the new rule, if such a decision appears to be supported by a majority of the representatives of non-EU representatives in the Committee of Ministers, the decision can be adopted without a formal vote.

Though from the point of view of the Council of Europe it is understandable that it would like to see such a voting system introduced, this measure goes further than is absolutely necessary to ascertain that the Committee will be able to supervise the execution of ECtHR judgments. While it is understandable that the EU will not be able to cast a vote when the decision needs to be taken whether or not to refer a case to the ECtHR in order not to influence the votes of the EU Member States, the Member States may find it at least patronizing that the Council of Europe does not think them capable of voting independently for the referral of a case to the ECtHR where the EU has failed to execute a judgment of that Court. It is only because of the wish of these Member States that the EU may –or even must- accede to the ECHR due to the introduction of Article 6(2) TEU. By advocating such an accession, the EU Member States express their wish to see EU acts and activities scrutinized by the ECtHR. It would be inconsistent if the same Member States would not vote for, or at least consent, to the actual implementation of ECtHR judgments by the EU, in cases the EU acted as respondent or co-respondent. The introduction of new voting rules, as provided for by Article 7 of the Accession Agreement, is therefore not subsidiary nor proportionate, and the supervision procedure of the Committee of Ministers may in extreme cases even provide an opportunity for abuse by the non-EU signatories of the ECHR.

- internal review by the ECJ

As already explained above, only when a Member State has, by implementing EU law, allegedly violated a claimant's fundamental rights as protected by the ECHR does the possibility that when a local court of a Member State refuses to make a request for a preliminary ruling to the ECJ, a claimant would be able to bring its case directly before the ECtHR without the ECJ having had the possibility to look at the case, as local remedies will have been exhausted according to Article 35(1) ECHR. This would leave the ECJ offside, and creates the danger that the ECHR will have to rule on the compatibility of EU law with the ECHR, which jeopardizes the monopoly

of the ECJ to decide on the validity and interpretation of EU law and imperils the uniformity of EU law.

According to Article 3 of the Draft Accession Agreement, Article 36 of the ECHR will therefore be amended, in order to allow the EU to become a co-respondent to proceedings in respect of an alleged violation of the ECHR by one of the Member States of the EU, where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under EU law. If the ECJ has not yet assessed the compatibility of the EU law in question with the ECHR – by way of preliminary ruling – then the ECJ shall be given ‘sufficient time’ to make such an assessment, which will then be communicated to the ECtHR, without prejudice to the powers of that Court.²⁴ It is especially the last part of the provision that raises questions as to the effect of the involvement of the ECJ on the ruling of the ECtHR. In the Comments on relevant provisions of the Agreement, annexed to the Draft, the significance of the provision is clarified as meaning that the assessment of the ECJ will not bind the Court. This is not a problem in case the ECJ would declare that the EU act in question, based on which the Member State took an action that allegedly violated the fundamental rights of the claimant, is not compatible with EU law and therefore void according to Article 263 TFEU. The ECtHR can then no longer rule on the compatibility of the litigious EU act with the ECHR, as the act must be regarded as having never existed. It can merely rule on the compatibility of the Member State’s action with the ECHR, but this will no longer endanger the position of the ECJ as having the monopoly to decide on the validity of EU law.

In case however the ECJ would, on assessment of the litigious piece of EU law as co-respondent, not find fault with the EU act and leave it intact, the ECtHR should take a decision on the merits of the case. Though the ECtHR has to take the ECJ’s assessment into account, it is not bound by the assessment of the ECJ when taking a decision on the merits of the case. It is therefore not unthinkable that a situation will arise in which the ECtHR rules that a certain EU act is incompatible with the ECHR, which will affect the autonomy of the EU legal system in an unprecedented way. In order to prevent this from happening, it is therefore most likely that the ECJ will take full account of the ECtHR’s case law when making an assessment of EU law in the procedure as foreseen by Article 3 of the Draft Agreement, even more than it is already doing at the moment. The result will be an ECJ that is much more meticulous in its assessments of potential violations of fundamental rights by the EU. This is, next to in itself being a very desirable development, the only guarantee for the maintenance of the principle of autonomy of the EU law order, as there is no such guarantee to be found in the Draft Agreement. However, insertion of such a guarantee would make external review of the EU acts by the ECtHR impossible, which would render the EU’s accession to the ECHR superfluous. It seems that the EU will have to make a choice between two evils: it is either no accession, or the end of the absolute auto-

²⁴ Comment on Article 3(6) of the Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights of 19 July 2011, available at http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/CDDH-UE/CDDH-UE_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en.pdf

my of the EU law order. Even if Council and Parliament would agree to accession, based on the present Draft Agreement, it remains to be seen in how far the ECJ – if indeed asked for an opinion – is willing or sees itself able to consent to giving up its position of monopolist as provided for by the TFEU.

BIBLIOGRAPHY

Ahmed and Butler, *The European Union and Human Rights: An International Law Perspective*, *European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 4.

Chalmers, Davies and Monti, *European Union Law*, 2nd Ed, Cambridge University Press, 2010.

Konstadinidis, *Division of powers in European Union law: the delimitation of internal competence between the EU and the member states*, Wolters Kluwer, 2009

Lock and Tobias, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011.

Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, 2004.

Case 1/58, *Stork v. High Authority* [1959] ECR 17.

Case 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

Case 6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585.

Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr-und Vorratstelle fuer Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.

Case 36/75, *Rutili v. Ministre de l'Intérieur* [1975] ECR 1219.

Case C-249/96, *Grant v. South West Trains Ltd* [1998] ECR I-621.

Case C-60/92, *Otto BV v. Postbank NV* [1993] ECR I-5683.

Case 374/87, *Orkem v. Commission* [1989] ECR 3283.

Case C-84/95, *Bosphorus* [1996] ECR I-3953.

Commission Recommendation for a Council Decision Authorizing the Commission to Negotiate the Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, SEC(2010)305.

Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 5 May 2010,

ECtHR, application no. 45036/98, *Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, 30 June 2005, para 155.

European Parliament Committee on Constitutional Affairs, *Draft Report on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 2.2.2010, PR\803011EN.doc

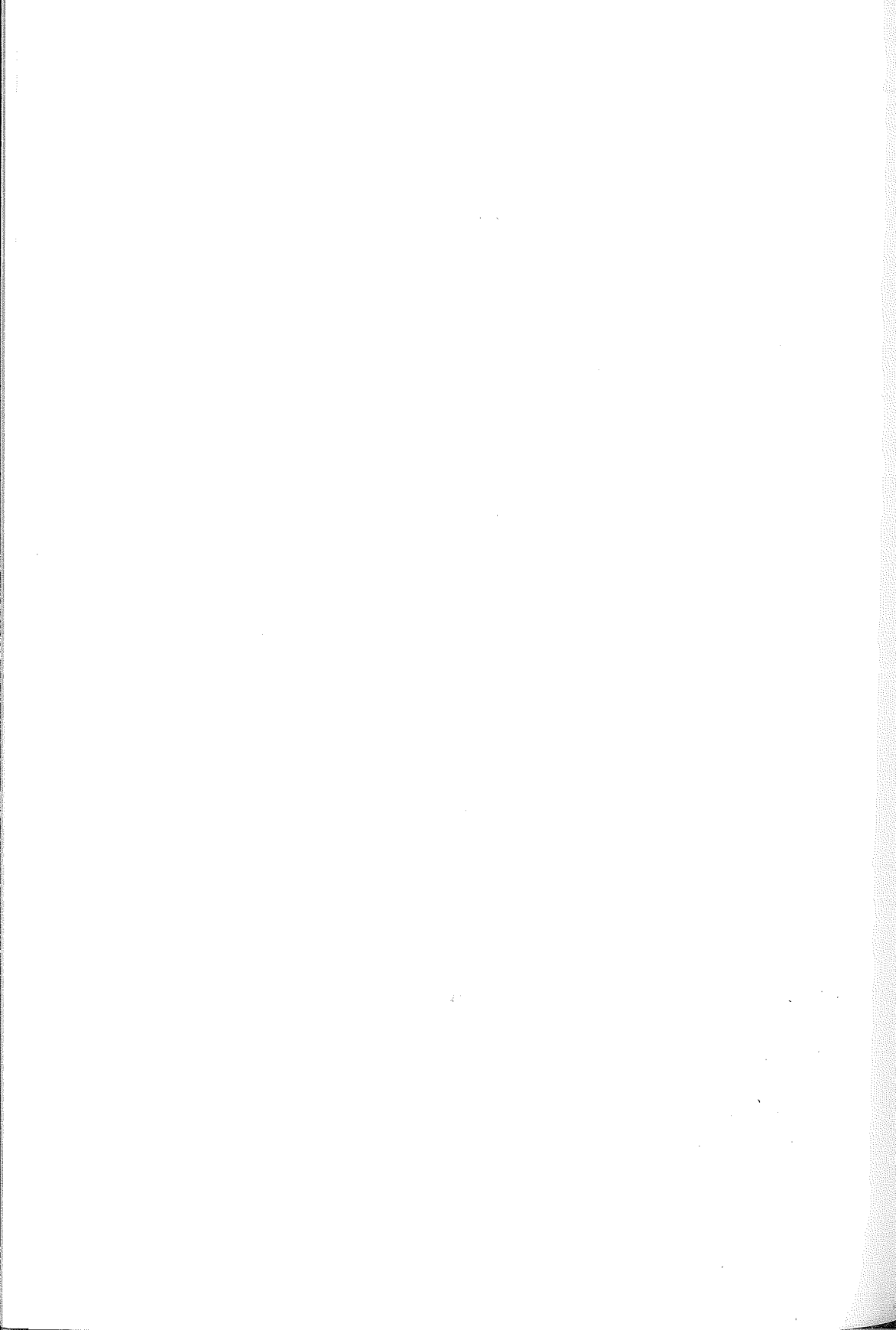
German Federal Constitutional Court, *Solange I*, [1974] 2 CMLR 540.

German Federal Constitutional Court, *Solange II*, [1987] 3 CMLR 225.

German Constitutional Court, 2 BvE 2/80, *Gauweiler v. Treaty of Lisbon*, under 331.

Joined Cases C-402/05 P and 415/05 P, Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission [2008] ECR I-6351.

Opinion 2/94, Accession by the Community to the ECHR [1996] ECR I-1759.
UN S.C. Resolution 820, U.N. Doc S/RES/820, 17 April 1993.



ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE: THE OSCAR BRONNER CASE (ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ: OSCAR BRONNER KARARI)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Efe DİRENİSA*

ÖZET

Bu makalede zorunlu unsur doktrininin çıkış noktası ve temel esasları, önemli içtihatları ile birlikte incelenmiştir. Bu bağlamda Avrupa Adalet Divanı'nın bu unsur doktrininin esas dayanağını oluşturan *Oscar Bronner* kararı hem hukukta de ekonomik açıdan irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu unsur doktrini, Oscar Bronner davası, Avrupa Adalet Divanı, Roma Antlaşması, rekabet hukuku, Sherman Kanunu, çapraz sübvansiyon hâkim durum, anlaşma yapmayı reddetme, hakim durumun kötüye kullanılması.

ABSTRACT

In this essay, the origin and main characteristics of the essential facilities doctrine are analyzed through the case law. In this context, the Oscar Bronner ruling of the European Court of Justice that is the cornerstone of the doctrine, is discussed from legal and economic perspectives.

Keywords: *The essential facilities doctrine, the Oscar Bronner case, the European Court of Justice, Treaty of Rome, competition law, Sherman Act, cross-subsidy, dominant position, Refusal to deal, abuse of the dominant position.*

INTRODUCTION

Essential facilities doctrine¹ is a way to describe a special type of refusal to deal that is prohibited by Article 82 of the Treaty of Rome ("EC Treaty"). A dominant undertaking

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

the same doctrine and similar court decisions in Turkish law see: OB Gurzumar, *Zorunlu Unsur Doktrini Dayalı Sozlesme Yapma Yukumlulugu: Hakim Durumun Rakiple Anlasma Yapmaktan Kaynaklanarak Suretiyle Kotuye Kullanilmasi* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2006) 315–327; P Guven *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanilmasi* (2nd edn Yetkin Yayınları Ankara 2008) 311–362; Y Tekdemir, *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yukumlulugu ya da Sozlesme Kurumunun Sinirlari* (Rekabet Kurumu Uzmanlik Tezleri Serisi No: 2 Ankara 2003) 315–327; HS Özalp, *AT Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulamasi* (Rekabet Kurumu Uzmanlik Tezleri Serisi No: 33 Ankara 2003) 24, 25; MB Unver, *Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law: Particular Implications of the Doctrine for Telecommunications Sectors in EU and Turkey* (2004) <http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12605496/index.pdf> (1 March 2009); A Demiroz *Sozlesme Kurumunun Kötüye Kullanilmasi ve Zorunlu Unsur Doktrini*, in: *Rekabet Hukukunda Guncel Gelistmeler Sempozyumu – VII* (Erciyes Universitesi/Rekabet Kurumu Kay: 2009) 317ff., 347, 348, 365–385.

may be forced to grant access to a specific facility that is necessary to the requiring complainant to become economically active. Alternatively, granting access to a facility on discriminatory terms is also an abuse under the Article 82 of the EC Treaty. There is a considerable number of cases dealing with the essential facilities issue. Although the European Court of Justice ("the Court") has never used the term of *essential facilities* in any case, it has applied the doctrine implicitly and set out criteria and principles about the doctrine, which lead to development of the doctrine.

Application and the scope of the doctrine are not clear under the European competition law.² In particular, after the *Magill*³ decision of the Court, some commentators expressed their fear about the tendency for the broad application of the doctrine.⁴ For the sceptics of the doctrine, it may serve a little useful function. On the other hand, the believers argue that some special situations may only be explained by the application of the doctrine.

The Essential facilities doctrine has its origins in United States law. The doctrine at the outset was formulated under section 2 of the Sherman Act in the United States. The Supreme Court applied the doctrine in *Terminal Railroad*⁵ case for the first time. Although the scope of the application of the doctrine in the United States is narrower than the application in the European Union, the doctrine is also criticized in the United States.⁶

In this essay, the *Oscar Bronner*⁷ ruling of the Court will be discussed from both legal and economic perspectives. This ruling is the cornerstone of the doctrine in which the Court tried to determine scope and application of the doctrine in the European Community.

B. FACTUAL AND LEGAL BACKGROUND OF THE CASE

Bronner was a small publisher of a daily newspaper called *Der Standard*. In 1994, the market share of the *Bronner* in the daily newspaper market was 3.6 % of the circulation and 6 % of advertising revenues. *Mediaprint* was a publisher of two daily newspapers *Neue Kronen Zeitung* and *Kurier*. In 1994, the combined market share of the two newspapers was 46.8 % of the circulation and 42 % of advertising revenues. The two newspapers reached 53.3 % of the population and 71 % of all newspaper readers.

² 'Whether or not a dominant undertaking's refusal to supply another undertaking is an abuse or not will be very much a matter of fact, depending on the circumstances of the refusal and the previous dealings of the parties', J Fairhurst *Law of the European Union* (6th edn Pearson Longman Harlow 2007) 675.

³ Cases C-241-242/91 P *RTE and ITP v EC Commission* [1995] ECR I-743.

⁴ 'True essential facilities are rare and an over-liberal application of the essential facilities doctrine is not in the long-term interest of consumers--and that is what competition law is about in the end', A Overd and B Bishop 'Essential Facilities: The Rising Tide' (1998) 19 ECLR 183, 185.

⁵ *United States v Terminal Railroad* 224 US 383 (1912).

⁶ 'It is less a doctrine than an epithet, indicating some exception to the right to keep one's creations to oneself, but not telling us what those exceptions are' P Areeda 'Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles' (1990) 58 Antitrust LJ 841. See also TF Cotter *The Essential Facilities Doctrine* in: Keith NH (ed) *Antitrust Law and Economics* (Edward Elgar Publishing Massachusetts 2008) 157ff.

⁷ Case C-7/97 *Oscar Bronner v Mediaprint* [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

In terms of distribution of the newspapers, *Mediaprint* established a special nationwide home delivery system. This system provides an early delivery of the newspapers directly to the readers in the morning. *Bronner* argued that, *Mediaprint's* refusal to allow it access to its home delivery scheme for distribution of the daily newspapers amounted to an abuse of its dominant position under Paragraph 35 of the Austrian Federal Law on Cartels and Other Restrictive Practices.

Bronner's arguments were based on the essential facilities doctrine. In the first place, *Bronner* claimed that, postal delivery generally did not take place until late morning, it did not represent an equivalent alternative to home delivery and it would be unprofitable for it to organise its own home delivery scheme. In the second place, *Bronner* claimed that *Mediaprint* discriminated against it by including another daily newspaper in its home delivery scheme. *Bronner* wanted to be included in the home delivery system of *Mediaprint* against payment of a reasonable fee. It was a small newspaper publisher and could not afford to establish its own delivery system.

In reply to those arguments, *Mediaprint* argued that establishment of its home delivery service required a great administrative and financial investment. If the system were available to all Austrian newspaper publishers, it would exceed its normal capacity. Further, *Mediaprint* contended that, it was not obliged to subsidize competition by assisting competing companies. This argument was mainly based on the freedom of contract principle.

The Austrian Higher Regional Court, the court of first instance in competition matters, discussed whether the refusal to deal of the *Mediaprint* falls within the scope of Article 82. Therefore, it referred two questions as a preliminary ruling to the Court, in order to obtain an interpretation of Article 82 on the issues in question.

C. DISCUSSION OF THE LEGAL ISSUES IN QUESTION

1. The Opinion of the Advocate General

In his opinion, the Advocate General Jacobs, worried about the excessively wide application of the essential facilities doctrine. Firstly, he pointed out that the Court had not applied the doctrine of essential facilities yet, though it had ruled in some cases such as in *Commercial Solvents*⁸ and in *United Brands*⁹ that the cutting-off of supplies to an existing customer could result in an abuse.¹⁰ He continued with the discussion of the *Telemarketing*¹¹ and *GB-Inno-BM*¹² cases and then he discussed the position of the Court in *Volvo v Veng*¹³, *Magill* and in *Tierce Ladbroke*¹⁴ cases. He stated that:

[D]ominant undertaking commits an abuse where, without justification, it cuts off supplies of goods or services to an existing customer or eliminates competition on a related market by tying separate goods and service ... [A]n abuse may consist in mere refusal to license where that prevents a new product from coming on a neigh-

⁸ Cases 6/73–7/73 *Commercial Solvents v EC Commission* [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

⁹ Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

¹⁰ Opinion of the Adv Gen in *Oscar Bronner* [35].

¹¹ Case 311/84 *CBEM v CLT and IPB* [1985] ECR 3261.

¹² Case C–18/88 *RTT v GB-Inno-BM* [1991] ECR I-5941.

¹³ Case 238/87 *Volvo v Veng* [1988] ECR 6211.

¹⁴ Case T–504/93 *Tierce Ladbroke v EC Commission* [1997] ECR II-923.

bouring market in competition with the dominant undertaking's own product on that market.¹⁵

Then he turned to a number of the Commission's decisions in which the Commission employed the essential facilities doctrine and he noted that *Telemarketing* and the *Magill* rulings of the Court were to be likely an endorsement of the doctrine by the Court. In Paragraph 53 of his opinion, he stated that although freedom of contract plays a very significant role in the laws of the Member States, some competition rules of the Member States compel enterprises to supply in case of unjustifiable refusal to supply.¹⁶

After these considerations, he set out very important general observations about the basis of the essential facilities doctrine. In Paragraph 56 of his opinion, again he stressed the importance of freedom of the contract and the right to freely dispose of one's property, which have a constitutional status in some of the Member States and he noted that any interference in such rights of the traders requires careful justification. Furthermore, this justification might be constituted with a careful balancing of conflicting considerations.¹⁷ In Paragraph 57, he repeated his fear about the broad application of the doctrine and he said that: 'If access to a ... facility were allowed too easily there would be no incentive for a competitor to develop competing facilities. Thus while competition was increased in the short term it would be reduced in the long term'. At this point, it is argued that the requirement to provide access to essential facilities may have positive effects on a static economy and it may have negative effects on a dynamic economy either by discouraging investment in the creation of further essential facilities or by the creation of substitutes for the existing facilities.¹⁸ In addition, it is argued that any competition policy that concentrates merely on the short-term effects of the applications may significantly harm economy.¹⁹

Another point made by the AG was concerning the purpose of the Article 82 of the EC Treaty. According to this observation, the main purpose of the Article 82 is to prevent the distortion of the competition and in this way to protect the interests of consumers, but not to protect the position of individual competitors.²⁰

In paragraph 65 and 66 of his opinion, he said refusal of access would amount to an abuse, if the dominant undertaking had a *genuine stranglehold* on the related market and duplication of the facility should be impossible or extremely difficult because of the physical, geographical or legal obstacles or public policy issues.

Under these observations, he developed an objective test for considering the issue whether there is an abuse or not. According to his test 'it must be extremely difficult not merely for the undertaking demanding access but for any other undertaking to

¹⁵ Adv Gen (n 10) [43].

¹⁶ More discussion about the national laws: — 'The Essential Facilities Concept' OECD document OCDE/GD(96)113 <<http://www.oecd.org/dataoecd/15/3/17372985.pdf>> (1 March 2009).

¹⁷ Adv Gen (n 10) [57].

¹⁸ C Stothers 'Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union' (2001) 22 ECLR 256, 260.

¹⁹ D Ridyard 'Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors' (1996) 17 ECLR 438, 438.

²⁰ Adv Gen (n 10) [58].

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

compete'.²¹ He applied this test to the *Bronner* case where *Bronner* might be unable to duplicate home delivery system. However, *Bronner* had a number of other alternative systems in terms of distribution.²²

At this point, he posed a key argument in Paragraph 68 and he said that the cost of duplicating the home delivery system would not be considered from the position of a small investment like *Bronner*, but it could only be considered by observing another large daily newspaper like *Mediaprint*.

Lastly, in his opinion, he mentioned that, after the application of the essential facilities doctrine, there would be a necessity of *detailed regulation* of the Community markets including the *fixing of prices and conditions for supply* in large sectors of the economy.²³ According to him, such a regulation would be unworkable and would be contrary to both competition in long term and the idea of a free market economy.²⁴ Regarding this argument, *Stoters* also agrees that the costs of price regulation would be high and such a regulation would discourage proper negotiation over access to the essential facilities.²⁵

2. The Decision of the European Court of Justice

The Court did not explicitly mention the essential facilities doctrine in its decision. The Court's approach was based on the concept of refusal to deal and the Court considered whether there was an abuse of the dominant position.

In the first place, the Court did not make any market definition in terms of the newspaper delivery system and left this problem to the Federal Court to decide. In addition, the Court held that, if the Federal Court found that *Mediaprint's* home delivery scheme constituted a separate market and the degree of *interchangeability* between *Mediaprint's* nationwide scheme and other regional schemes was insufficient, the Federal Court must hold that *Mediaprint* is in a monopoly situation and has a dominant position in the market.

Since this monopoly situation of *Mediaprint* extended to the territory of the whole of Austria, the Federal Court should then hold that this monopoly constituted a *substantial part of the common market*.

In the second place, the Court tried to consider the question of the abuse of the dominant position in the market. The Court firstly referred to the *Commercial Solvents* case and secondly referred to the *Magill* case in order to answer the abuse question. In the *Commercial Solvents* case, a refusal to supply raw materials was considered as an abuse since there was a risk of elimination of all competition in the downstream market. In the *Magill* case, the Court held that refusal by the owner of an intellectual property right to grant a licence would not be an abuse in itself, even if the undertaking had a dominant position in the market. The Court continued and stated that abuse

²¹ *ibid* [66]; Court of First Instance created the test of *real and potential alternative* in *Ladbroke* case; in *ENS* case in addition, the test of *duplication* was created by the same court.

²² *ibid* [67].

²³ *ibid* [69].

²⁴ *ibid*.

²⁵ *Stoters* (n 18) 261; '[A] proper application of the definition of dominance should not result in an excessive need for price regulation'.

of a dominant position might be possible in exceptional circumstances and the Court set out four conditions that would create an exceptional circumstance and an abuse. Firstly, the supply would be indispensable for carrying on the business secondly, there should be a potential consumer demand for the new product (new magazines would be published by *Magill*); thirdly, the refusal could not be justified objectively and lastly, the refusal would exclude all competition in the secondary market of the television guides.²⁶

The Court applied the same four criteria of the *Magill* case to the *Bronner* case. It found that other methods of distributing daily newspapers such as by post, through sale in shops and kiosk might be less advantageous for the distribution goal; however, as other means of distribution methods, these methods were alternatives of the home delivery scheme.²⁷ The first criterion of *Magill*, the indispensability, was not present in the *Bronner* case, since there were other alternatives of home delivery scheme. In accordance with the opinion of the Advocate General, the Court pointed out that the indispensability would only exist there, where it is not economically viable to create a second home delivery scheme with a circulation comparable to that of daily newspapers that are distributed by the existing scheme.²⁸ Furthermore, there were not any technical, legal or economic obstacles which made it impossible or difficult for any other publisher to establish alone or with other publishers his own nationwide home delivery system.²⁹ A claim of having a small circulation of the daily newspapers to be distributed could not be a ground for not being economically viable and for indispensability.³⁰ In this sense, it was argued that the refusal to deal in the *British Midland*³¹ and *Sabena*³² decisions of the Commission would not have been considered as a denial to access to essential facilities under the restrictive view of the Court in *Bronner*.³³

The Court reached a decision in favour of *Mediaprint*. It applied the indispensability criterion and it found that this criterion was not present on the part of the *Bronner*. The Court did not consider the other criteria.

D. THE CONSEQUENCES OF THE DECISION

1. Generally

The Court took a restrictive view in terms of application of the essential facilities doctrine. Firstly, the Court confirmed that a refusal to deal by a dominant company would not *per se* result in an abuse; secondly there should be an intention to eliminate competition and thirdly the facility owned by the dominant undertaking should be indis-

²⁶ *Bronner* (n 7) [40]; R Whish *Competition Law* (5th edn LexisNexis London 2003) 673, in *Magill* in terms of *indispensability*, without the information it was impossible for *Magill* to publish general television guide.

²⁷ *ibid* [43].

²⁸ *ibid* [46].

²⁹ *ibid* [44].

³⁰ *ibid* [45].

³¹ *Aer Lingus v British Midland Airways* [1992] OJ L96/34.

³² *London European v Sabena* [1988] OJ L317/47.

³³ A Jones and B Sufirin *EC Competition Law, Text, Cases and Materials* (2nd edn OUP Oxford 2004) 491.

pensable and impossible to replicate by a competitor and the refusal should not be objectively justified³⁴ The criteria of *elimination of competition* and *incapability of objectively justifying the refusal* had already been used in former cases but the *indispensability* principle was a *novel addition* to the earlier jurisprudence.³⁵

The court also applied *monopoly-leveraging* test, which was adopted by the court in the former cases, and sought to define the abuse of *Mediaprint* on both the market of home delivery and the ancillary newspaper market.³⁶

By doing so, the Court has 'struck a careful balance between the need to protect incentives to investment and property rights of large firms and the demands of a competitive economy' and the Court tried to lay down clear limits to the scope of the essential facilities doctrine.³⁷ In particular, in former cases, in which it was impossible for the concerned undertaking to duplicate the contested facility, it would be sufficient to apply the doctrine.³⁸ However, in the light of the *Bronner* ruling, it should be economically impossible for every firm to duplicate the facility in the market, in order to apply the essential facilities doctrine.³⁹

2. Problems of the Decision

The first and the most important problem related to the essential facilities doctrine is the regulation of the pricing issues in case of any access to a facility. If the Court rules in favour of a complainant who wants access to a facility, issues of access to such facility may raise *complex pricing issues* in which specialized regulation may be required in order to determine fair access prices.⁴⁰ Price discrimination is prohibited under Article 82 of the EC Treaty. According to *Lang*, in order to avoid discrimination of the dominant undertaking, some supplementary obligations might be given to the dominant undertaking such as *prohibition of cross-subsidization*.⁴¹

In European competition law, the telecommunication sector is subject to detailed regulation of pricing, however, other sectors such as gas and electricity or postal or certain transport networks, there is little guidance for pricing issues.⁴² The decision does not give any answer either to the question of *competing claims* for access.⁴³

³⁴ AA Llorens 'The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law' (1999) 58 CLJ 490, 492, the decision is in consistent with the *Commercial Solvents* (refusal to supply) and *Volvo* (refusal to license) cases, but it laid down new additional preconditions.

³⁵ L Hancher 'Case note: Oscar Bronner v Mediaprint' (1999) 36 CMLR 1289, 1304.

³⁶ *ibid.*

³⁷ Llorens (n 34) 492.

³⁸ MA Bergman 'The Bronner Case – A turning point for the Essential Facilities Doctrine?' (2000) 21 ECLR 59, 62.

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ Hancher (n 35) 1307.

⁴¹ T Lang 'Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities' (1994) 18 Fordham International Law Journal 439, 450.

⁴² *ibid* 1306; also see generally N Nikolanikos 'Access Agreements in the Telecommunication Sector Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under EC competition Law' (1999) ECLR 399 and H Ungerer 'Ensuring Efficient Access to Bottleneck Facilities: The Case of Telecommunication in the European Union' (March 2009).

⁴³ Sufrin (n 33) 491.

The decision is silent as to the question how to solve the problems of market definition and the definition of dominance. A commentator argued that '[T]his framework should direct criticisms of the current system at the definition of dominance rather than by introducing arbitrary tests at the stage of abuse'.⁴⁴ While determining whether the essential facilities doctrine may be applied to a case, the definition of the market is the initial problem. A narrow definition of the market may lead to application of the doctrine, as in the examples of *harbour cases*⁴⁵ where the Commission made a very narrow definition of the markets.

The ruling also side stepped the question of whether case law on *intellectual property* is applicable to other types of property; it applied the conditions of the *Magill* case, which was about intellectual property, to the current case without making any distinction between two different types of property.

E. CONCLUSION

In calling for a narrow application of the essential facilities doctrine, the Court tried to restrict the scope of the doctrine. Therefore, the Court reserved the application of the essential facility doctrine to exceptional circumstances. Both the Court and the Advocate General came to the same conclusion on similar grounds. However, the case left some questions unanswered, such as market definition, determination of the dominant position and access pricing and competing claims for access issues unsolved. Furthermore, some commentators still argue that scope and application of the doctrine have not been determined yet and they are worried about possible reliance on the *Magill* case.⁴⁶ However, the Commission has confirmed the *Bronner* ruling in some recent decisions.⁴⁷

Essential facilities doctrine is something 'less than a self-executing formula', it needs careful analysis in terms of the relevant market definitions, determination of abuse and the *burden of proof* should be placed on the complainant who wants access to the facility and argues that this facility is essential for him.⁴⁸

From the economic perspective, a restrictive application of the doctrine encourages investment of the large companies but reduces the incentives for investment of small undertakings; a non-restrictive application may reduce incentives of large companies but increase incentives of small firms to make investments.⁴⁹

⁴⁴ Stothers (n 18) 262.

⁴⁵ *Sea Containers v Stena Sealink* [1992] 5 CMLR 255; *B&I v Sealink Harbours* [1992] 5 CMLR 255; *Stena v DSB* [1994] OJ L55/52; *Irish Continental Group v CCI Morlaix* [1995] 5 CMLR 177; for a brief summary of the *harbour cases* see: DG Goyder *EC Competition Law* (4th edn OUP Oxford 2003) 316.

⁴⁶ P Treacy 'Essential Facilities – Is the tide turning?' (1998) 19 ECLR 501, 505.

⁴⁷ See *Info-Lab/Ricoh* (Competition Policy Newsletter (1999) 1:35) and *GVG/FS 2004/33* (2004) OJ L11/17 in M Furse *Competition Law of the EC and UK* (4th edn OUP Oxford 2004) 292.

⁴⁸ Hancher (n 35) 1307.

⁴⁹ Bergman (n 38) 63; *Sheehan* argues that as a long term result, new entrants of a market may not show any endeavours for an investment and they may try to use the facilities of former undertakings, in turn a loose criterion may prevent new markets as he continues 'Any definition of essential facilities should be narrow ... otherwise there is a great possibility that the cure which the doctrine seeks to administer could *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

From the legal perspective, the function of the doctrine is still controversial. Some commentators believe that there is no necessity for such a doctrine, since the concepts of refusal to supply and deal are adequate to solve problems relating to essential facilities, and such an *essential facility label* seems to add nothing useful to the traditional refusal to sell doctrine.⁵⁰

Another thought about the doctrine is that the Court intentionally took the decision in the *Bronner* case in order to introduce the essential facilities into community law as a necessary step in the *deregulation* development in the utilities and telecommunication sectors.⁵¹ Undoubtedly, the essential facilities doctrine plays an important role in the privatization of state monopolies.⁵²

In my view, there is a need for a separate doctrine of essential facilities. It is a special application of the traditional refusal to supply doctrine but it is of crucial importance for the issues of new entrants to the market, leverage and the dominance both in the downstream and upstream markets. These special problems cannot be solved by the traditional doctrine. As in *Sealink*, in *Magill* and other cases where the essential facilities doctrine is applied, there may be a higher obligation to deal and there may be a restricted objective justification. Essential facilities concept is beneficial and necessary in these special circumstances. These special circumstances need special principles in order to deal with the special questions.

I. TABLE OF CASES

1. Decisions of European Court of Justice

Case 311/84 *CBEM v CLT and IPB* [1985] ECR 3261, [1986] 2 CMLR 558.

Cases 6/73–7/73 *Commercial Solvents v EC Commission* [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

Cases T–374/94 *European Night Services v Commission* [1998] ECR II-3141, [1998] 5 CMLR 718.

Case C–7/97 *Oscar Bronner v Mediaprint* [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

Cases C–241–242/91 P *RTE and ITP v EC Commission* [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718.

Case T–69/89 *RTE v EC Commission* [1991] ECR II-485.

be worse than the disease' E Sheehan 'Unilateral Refusals to Deal and the Role of Essential Facilities Doctrine: A US/EC Comparative Analysis' (1999) 22/4 *World Competition* 67, 88.

⁵⁰ B Doherty 'Just what are Essential Facilities?' (2001) 38 CMLR 397 435; 'The doctrine has become an empty label and in turn, has fostered a misleading approach to antitrust analysis and leads to "judging by catch phrase"' A Kezsbom and AV Goldman 'No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the "Essential Facilities" Doctrine' [1996] *Columbia Business L Rev* 1, 2; 'Doubters in turn are accused of wishing to re-interpret decided cases so as to achieve the same conclusion by a more traditional analysis' Sheehan (n 47) 73.

⁵¹ Furse (n 47) 291.

⁵² F Wooldridge 'The Essential Facilities Doctrine and Magill II: the Decision of the ECJ in Oscar Bronner' (1999) 2 IPQ 256, 262 fn 28; also EU Commission 'Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector' (22 August 1998) OJ C 265/2 [68].

YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)

Case C-18/88 *RTT v GB-Inno-BM* [1991] ECR I-5941.

Case T-504/93 *Tierce Ladbroke v EC Commission* [1997] ECR II-923, [1997] 5 CMLR 309.

Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

Case 238/87 *Volvo v Veng* [1988] ECR 6211.

2. Decisions of the Commission

Aer Lingus v British Midland Airways [1992] OJ L96/34.

B&I v Sealink Harbours [1992] 5 CMLR 255.

GVG/FS 2004/33 (2004) OJ L11/17.

Info-Lab/Ricoh (Competition Policy Newsletter (1999) 1:35).

Irish Continental Group v CCI Morlaix [1995] 5 CMLR 177.

London European v Sabena [1988] OJ L317/47.

Sea Containers v Stena Sealink [1992] 5 CMLR 255.

Stena v DSB [1994] OJ L55/52.

II. BIBLIOGRAPHY

1. Texts

J Fairhurst *Law of the European Union* (6th edn Pearson Longman Harlow 2007).

M Furse *Competition Law of the EC and UK* (4th edn Oxford University Press Oxford 2004).

DG Goyder *EC Competition Law* (4th edn Oxford University Press Oxford 2003).

OB Gurzumar *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayali Sozlesme Yapma Yukumlulugu: Hakim Durumun Rakiple Anlasma Yapmaktan Kacinmak Suretiyle Kotuye Kullanilmasi* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2006)

P Guven *Rekabet Hukuku* (2nd edn Yetkin Yayinlari Ankara 2008).

A Jones and B Sufrin *EC Competition Law, Text, Cases and Materials* (2nd edn Oxford University Press Oxford 2004).

HS Olmez *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulamasi* (Rekabet Kurumu Uzmanlik Tezleri Serisi No: 33 Ankara 2003).

Y Tekdemir *AT Rekabet Hukukunda Anlasma Yapmayi Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlasma Yapma Yukumlulugu ya da Sozlesme Serbestisinin Sinirlari* (Rekabet Kurumu Uzmanlik Tezleri Serisi No: 2 Ankara 2003).

MB Unver, *Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law and Particular Implications of the Doctrine for Telecommunications Sectors in EU and Turkey* (2004) <<http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12605496/index.pdf>> (1 March 2009).

R Whish *Competition Law* (5th edn LexisNexis London 2003).

2. Articles

P Areeda 'Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles' (1990) 58 Antitrust LJ 841.

MA Bergman 'The Bronner Case – A turning point for the Essential Facilities Doctrine?' (2000) 21 ECLR 59.

EU Commission 'Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector' (22 August 1998) OJ C 265/2.

TF Cotter *The Essential Facilities Doctrine* in: Keith NH (ed) *Antitrust Law and Economics* (Edward Elgar Publishing Massachusetts 2008).

A Demiroz *Sozlesme Yapmayi Reddetme Baglaminda Hakim Durumdaki Tesebbuslere Getirilen Yukumluluklerin Sinirlari* in: Rekabet Hukukunda Guncel Gelismeler Sempozyumu – VII (Erciyes Universitesi/Rekabet Kurumu Kayseri 2009) 317ff., 347, 348, 365–385.

B Doherty 'Just what are Essential Facilities?' (2001) 38 CMLR 397.

L Hancher 'Case Note: Oscar Bronner v Mediaprint' (1999) 36 CMLR 1289.

A Kezsbom and AV Goldman 'No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the "Essential Facilities" Doctrine' [1996] Columbia Business L Rev 1.

T Lang 'Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities' (1994) 18 Fordham International Law Journal 439.

AA Llorens 'The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law' (1999) 58 CLJ 490.

N Nikolidakos 'Access Agreement in the Telecommunication Sector-Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law' (1999) 8 ECLR 399.

A Overd and B Bishop 'Essential Facilities: The Rising Tide' (1998) 19 ECLR 183.

D Ridyard 'Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors' (1996) 17 ECLR 438.

E Sheehan 'Unilateral Refusals to Deal and the Role of Essential Facilities Doctrine: A US/EC Comparative Analysis' (1999) 22/4 World Competition 67.

C Stothers 'Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union' (2001) 22 ECLR 256.

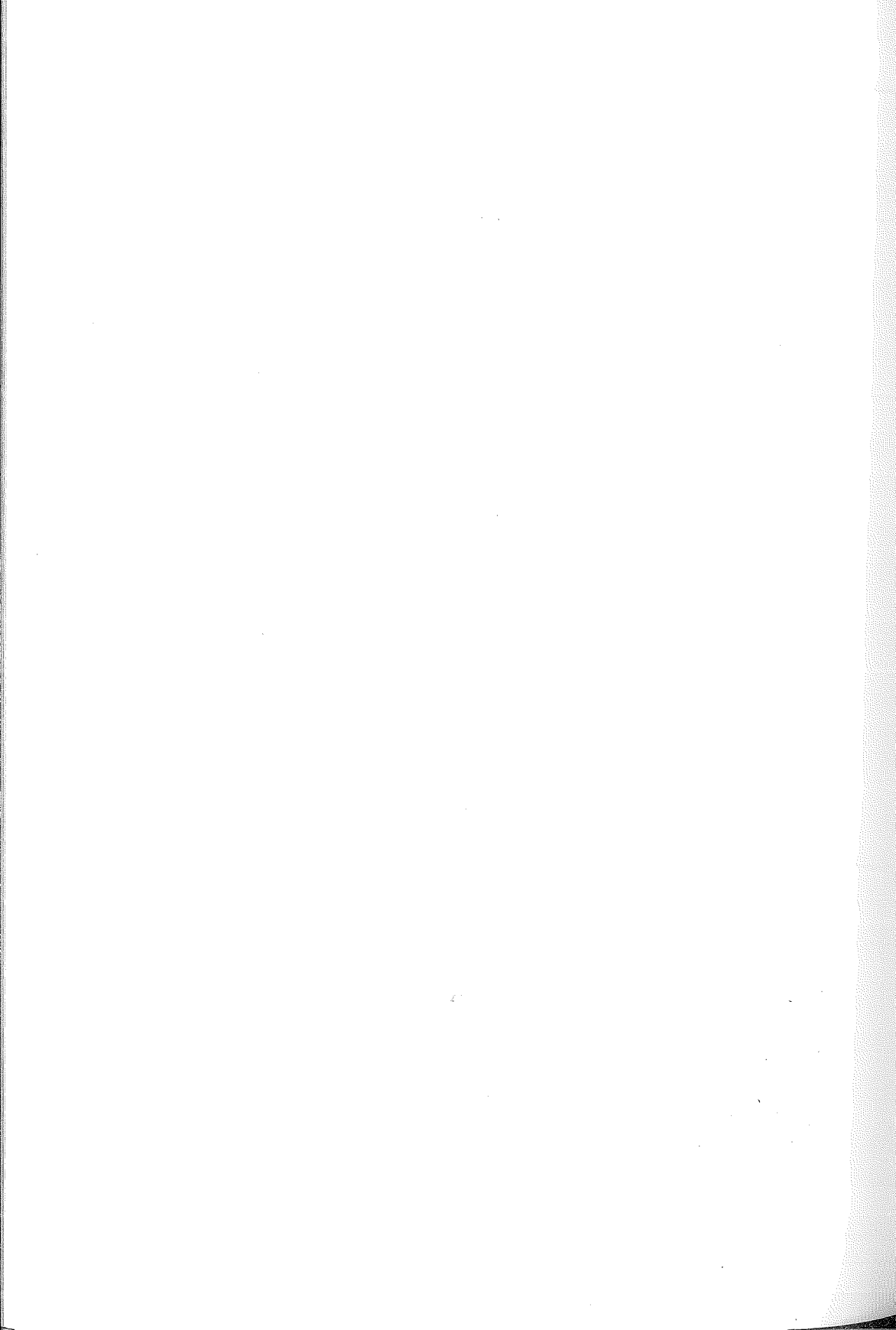
P Treacy 'Essential Facilities – Is the tide turning?' (1998) 19 ECLR 501.

H Ungerer 'Ensuring Efficient Access to Bottleneck Facilities: The Case of Telecommunication in the European Union'

<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_056_en.pdf> (1 March 2009).

F Wooldridge 'The Essential Facilities Doctrine and Magill II: the Decision of the ECJ in Oscar Bronner' (1999) 2 IPQ 256.

— 'The Essential Facilities Concept' OECD document OCDE/GD (96) 113 <<http://www.oecd.org/dataoecd/15/3/17372985.pdf>> (1 March 2009).



ALMAN HUKUKUNDA ÜZERİNDE FİYAT ETİKETİ İLE VİTRİNDE MAL TEŞHİRİ

(DIE IN DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR VERTRETENEN ANSICHTEN ZUR FRAGE, OB DIE IM SCHAUFENSTER MIT PREISANGABE AUSGESTELLTE WARE ALS VERTRAGSOFFERTE ANZUSEHEN IST)

Dr. hc. Murat Uğur AKSOY*

ÖZET

Bu çalışmada Alman Hukunda sözleşmelerin yapımında “öneri” ve “öneriye çağrı” açıklamalarının arasındaki ayrılıklar ile bunların ölçütlerinin belirlenmesine yol açan “üzerinde fiyat etiketi ile vitrinde mal teşhiri”nin hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Alman Hukukunda bu durum, İsviçre ve Türk Hukuklarından farklı olarak “öneriye çağrı” niteliğindedir. Bir açıklamanın bağlayıcı bir öneri olabilmesi için edimin, semenin ve açıklamanın ulaştığı muhatabının belli olması gereklidir. Önerinin muhatabının belli olmadığı topluma yapılan duyurular öneriye çağrı niteliğindedir.

Anahtar Kelimeler: Öneri, öneriye çağrı, Alman hukuku.

ABSTACT

Das Ausstellen der Ware im Schaufenster mit Preisangabe ist nach herrschender Lehre im deutschen Recht als Aufforderung zum Angebot anzunehmen. Mit der Bestreitung der Ansichten sind auch die massgeblichen Kriterien zwischen einem Antrag und einer Aufforderung zum Angebot festgelegt. Der Antrag soll nach herrschender Lehre an einen bestimmten Gegner gerichtet werden. Falls die Antragsgegner nicht bestimmt sind, ist in der Regel diese Willenserklärung als Aufforderung zum Angebot anzunehmen. Die Rechtsprechung versteht das ebenso. Eine Anzeige an die Allgemeinheit ist als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes betrachtet.

Keywords: Angebot, Aufforderung zum Angebot, deutsches Recht.

1.Sorunun Önemi ve Sınırlandırılması

Almanya’da “üzerinde fiyat etiketi ile vitrinde mal teşhirin” hukuki niteliği, aşağıda görüleceği gibi, öğretilerde önemli tartışmalara neden olmuş ve bu tartışmalar sırasında konu, vitrinde teşhir edilen mal kavramının çok ötesinde, bütün sözleşmeler için gerekli olan “öneri” ve “öneriye çağrı” arasındaki ayrılıkları ve bunların ölçütlerinin saptanmasına varmıştır. Konu bu niteliğiyle de ağırlık kazanmıştır.

Her sözleşme kurulmasında yapılan irade açıklamaları vardır. Bunların hangisi bağlayıcı nitelikte bir öneri, hangisi ise öneriye çağrıdır? İşte bu konu, bu yazıda “vitrinde üzerinde etiketiyle mal teşhiri” olayının temelinde irdelenmektedir.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alman Hukuku ve Terminolojisi Öğretim Görevlisi; Düsseldorf ve İstanbul Barosu Üyesi, e-posta: aksoymuratugur@gmail.com

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Mad. 7 / III ve aynı şekilde ondan kaynaklanan Türk BK m. 7/III hükmünde yer alan “üzerinde fiyat etiketi ile vitrinde mal teşhirinin kural olarak bir öneri” olduğu yolundaki bir düzenleme, Alman Medeni ve Borçlar Kanununda (BGB) yer almamıştır. BGB’nin § 145 hükmü yalnızca öneri sahibinin, öneri ile bağlılığını düzenlemektedir¹ İlgili hüküm şöyle demektedir:

§ 145 Öneriye Bağlılık

Kim bir başkasına bir sözleşme yapılmasını önerir ise, kendisi bu öneri ile bağlıdır, meğer ki ,kendisi bu bağlanma isteğinde olmadığını belirtsin.

Sözleşme yapımında bir “öneri”nin ölçütleri yasadaki saptanmadığı için, sözleşme yapmaya yönelik her irade açıklaması , öncelikle bunun bir “öneri” mi, yoksa sadece bir “öneriye çağrı” mı olduğu yolunda bir incelemeye tabi tutulmalıdır.

Bir makalenin sınırlarını aşmamak için, bu yazımda sözleşme yapmaya yönelik bu irade açıklamasını sadece “Alman Hukukunda üzerine etiket koymak suretiyle vitrinde mal teşhiri” ile sınırlı olarak incelemek istiyorum.

Bu incelemede Alman Hukukunda bu konuda varolan ana görüşleri yansıtır, bunun tarihi gelişim ve nedenlerini kapsam dışında tutacağım.

2. Öğretide Temsil Edilen Görüşler

Alman hukunda bu soru ile ilgili doğal olarak iki önemli görüş ortaya çıkmaktadır. Bu görüşlerden biri, malın üzerinde fiyat etiketi ile teşhirinin “bağlayıcı bir öneri” olduğu, diğeri ise bunun yalnızca bir” öneriye çağrı (invitatio ad offerandum) “olduğu yolundadır.

2.1. Teşhirin Öneri Olduğu Görüşü

Wolf², önerinin muhatabının kim olduğuna önem vererek bir malın vitrinde üzerinde fiyat etiketi ile teşhirinin esasen bir öneri olduğunu ileri sürmektedir. Wolf bu görüşünü gerekçelendirirken şöyle demektedir: “Satıcı için alıcının kim olduğu “tipik bir davranış” olarak önemsizdir. O nedenle de alışılmış olduğu gibi satıcı, bir satım sözleşmesinin meydana gelmesi için, kendi nihai kararını saklı tutmak istememektedir.”

Bir malın üzerinde fiyat etiketi ile teşhirinde bunun bir öneri niteliği taşıması, özellikle nakit yoluyla yapılan alım satımlarda doğrudur.

Buna karşılık Heinrich-Palandt³, üzerinde fiyat etiketi ile mal teşhirinin yalnızca nakit yoluyla yapılan alım satımlarda “bağlayıcı bir öneri” olduğunu ifade etmektedir. Yazarlara göre göre bu, herkes için aynı türdeki mallar için de geçerli olan bir “öneri”dir.

¹ Eski Alman Ticaret Kanununda bulunan HGB § 337 hükmü, hazırlanırken BGB’ye alınmamıştır. Adı geçen hüküm şöyle demektedir: “bir malın birden fazla kişiye özellikle fiyat listelerinin, depo kayıtlarını bildirilmesi ve örneklerinin sunulması yoluyla açıkça görülür şekilde satmak için sunulması veya malın fiyat ve miktarının belirlenmemiş olması, bunun satın alınması için bağlayıcı öneri oluşturamaz.” BGB’yi hazırlayanlar bir “öneriye çağrı” konusunda ayrıca bir hüküm koymaktan bilerek kaçınmışlardır. Bunun da nedeni böyle bir hükümün esasen gereksiz bulmuş olmalarıdır. Bkz. Flume § 35 I, 1, sayfa 636.

² Wolf § 7, I, 3 I, sayfa 128.

³ Heinrich – Palandt §145, 1, sayfa 134.

Soergel-Siebert⁴ ise, üzerinde fiyat etiketi bulunan bir malın teşhirin “kural” olarak “geçerli anlayışa” (Verkehrsauffassung) göre değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bu anlayış, bir “öneri” ile bir “öneriye çağrı” arasındaki farkın temelini oluşturur. Bu anlayışa göre malların üzerinde fiyat etiketleri ile vitrinlerde teşhiri bir öneri olarak değerlendirilmelidir.

Soergel-Siebert bu görüşünde “öneri muhataplarının ufki yaygınlığına” işaret ederek “bilinmeyen kişilere de öneride bulunmak mümkündür” demektedir.⁵

Ramm⁶ ise, daha yalın bir şekilde üzerinde etiket ile vitrinde mal teşhirin bir öneri olduğunu savunup, bunun nedeni olarak da İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 7/III maddesindeki düzenlemenin Alman Hukukunda da uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

2.2 Teşhirin Öneriye Çağrı Olduğu Görüşü

V.Tuhr⁷ önerinin bağlayıcılığından hareket ederek, öneride bulunanın kendisi tarafından tanınmayan bir çok kişiye karşı, kendisini bağlı tutmak istemeyeceğini ileri sürerek, bilinmeyen kişilere karşı yapılan açıklamanın kural olarak bir öneri olamayacağını belirtmektedir. V.Tuhr’a göre bir “önerinin” muhatabı da belli olmalıdır.

Bu görüşe paralel olarak, Staudinger’de Coing⁸ de geçerli ve bağlayıcı bir önerinin varlığı için bunun muhatabının da belli olması gerektiğini söylemektedir. Çeşitli önerilerin incelenmesinin ardından Staudinger, önerilerin sadakat ve iyiniyet temeline bağlı olarak belirli olmayan bir topluluğa (ad incertam personam) karşı yapılması halinde, bunun toplumda geçerli olan bakış açısına dayalı olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir⁹

Böylece özellikle bu bakış açısından, yapılan bir davranış veya açıklamanın “bağlayıcılık” amacı taşıyıp taşımadığı incelenmeli ve önerinin içerik bakımından gerekli “belirliliği” olup olmadığı saptanmalıdır.

Buna karşılık Rebmann ve Saecker ise bir önerinin belirli olmayan bir topluluğa (ad incertam personam) yapılmasının hiçbir şekilde (keineswegs) önemi olmadığını söylemektedirler¹⁰. Burada esas önemli olan, malı teşhir eden kişinin, teşhir ettiği ürünün herhangi bir alıcıya satılması yolunda hazır olduğunun anlaşılmasıdır¹¹. Böylece bir öneri yalnızca üzerinde fiyat etiketi olarak teşhir edilmiş mala ilişkin olup, depoda bulunan aynı cinsteki malları kapsamamaktadır.

“Bağlayıcılık” ölçütü bir öneriyi gerçekte basit söylemlerden ayırır. Bir öneriye çağrı, sözleşme yapmaya hazır olduğunu gösteren, ancak hukuken bağlılık kurmayan bir bildirimdir. Kuşku halinde geçerli örf ve adete (Verkehrssitte) göre değerlendirme yapılır, bir sözleşme yapmak için yapılan bildirim bir “öneriye çağrı” nite-

⁴ Soergel-Siebert-Heinrich Lange § 145, 3, 5-6, sayfa 677.

⁵ Soergel-Siebert-Heinrich Lange a.g.e. sayfa 677.

⁶ Ramm § 33 II, sayfa 33.

⁷ v.Tuhr § 62, sayfa 461.

⁸ Coing in Staudinger § 145, 3, 3, sayfa 877.

⁹ Coing in Staudinger, a.g.e sayfa 877.

¹⁰ Rebman-Saecker § 145, 3, 3 sayfa 917; “öneriye çağrının topluma, önerinin ise belli bir muhataba yapılmış olması kural olarak isabetli ise de, bir ayırım ölçütü değildir” (Lange § 39 III, 2, sayfa 243).

¹¹ Larenz, § 27, 1, sayfa 456; aynı şekilde Rebmann-Saecker a.g.e. sayfa 917.

liğinde olup olmadığı anlaşılmalıdır. ¹²Bu ilke vitrinde üzerinde fiyat etiketi olan tek tek parçalar için de geçerlidir ¹³.

Flume'ye göre "öneri" ile "öneriye çağrı" arasındaki ölçüt ¹⁴, irade açıklamasının anlamı içinde, bu açıklama ile bir sözleşme yapılacak olmasının bulunması veya açıklama yapan kişinin, yaptığı açıklama ile sözleşme yapma hazırlığı içinde olduğunun doğrulanmış olmasıdır.

Bu ölçütten hareket eden **Flume**, bir "öneriye çağrının" her zaman birden fazla kişiye yönelik olduğunu ifade etmiştir. ¹⁵

Bu temel kural olarak üzerinde etiket ile vitrinde mal teşhirinde de geçerli olup, böyle durumda hep "öneriye çağrı" vardır.

3.Yargı Kararlarında Temsil Edilen Görüşler

Alman Hukukunda özel olarak üzerine etiketi konarak vitrinde mal teşhiri konusunda bir karar olmadığı için, "öneri" ve "öneriye çağrı" konularında benzer kararları burada esas olarak alacağız.

Bir söylem, esas olarak bunu yapan girişimcinin anlaşılabilir iradesine göre ve konunun niteliğine uygun olarak gelişen genel anlayış içerisinde değerlendirilmelidir. ¹⁶

Buna karşılık, müşterilerin gereksinimlerini otomatlardan ve oradaki kutular içinde teşhir edilen malları kendileri almak suretiyle kendi alışverişlerini yaptıkları yerlerde (Selbstbedienungsladen) teşhir edilen mallar üzerindeki etiketler bağlayıcı bir öneri oluştururlar. Sözleşme malın seçilip, paranın atılması ve malın çekilmesiyle tamamlanır.

Buna karşılık müşterilerin kendi hizmetlerin gördükleri mağazalarda da böyle-sine mal teşhiri "öneri" olarak değerlendirilmiş ve sözleşmenin malın müşteri tarafından alım satım arabasına konulup, müşterinin bir başka cins mala yönelmesi anında yapıldığı belirtilmiştir. ¹⁷

Bu karar çok eleştirilmiş ve böyle bir mağazada üzerine fiyat konarak teşhir edilen malın bağlayıcı bir "öneri" olarak değerlendirilmesi hatalı bulunmuştur. ¹⁸ Müşteri kararını değiştirebilir ve mağazadan çıkmadan malı yerine bırakabilir, veya mal yanlış etiketlenmiş olabilir. Sözleşmenin yapılması anı, kasada paranın ödenmesi anıdır.

Esasen topluluğa yönelik yapılan bir duyuru, bir "öneri almak için yapılan bir çağrı" olarak değerlendirilmiştir. Çünkü duyuruyu yapan kişinin, bu duyurunun ulaştığı ve alıcı olmak isteyen her kişiye karşı kendisini hukuken bağlı tutmak istemesi, kabul edilecek bir anlayış değildir. ¹⁹

¹² Rebmann-Saecker, a.g.e. sayfa 917; aynı şekilde Lehmann, sayfa 221, "esas olan geçerli örf ve adettir." "entscheidend ist die Verkehrssitte" (Ennecerus-Nipperday sayfa 998).

¹³ Larenz, a.g.e. sayfa 456.

¹⁴ Flume § 35 I, 1, sayfa 636.

¹⁵ Flume, a.g.e. sayfa 636; Lehman, a.g.e. sayfa 221.

¹⁶ BGE (Federal Mahkeme), 133, 388, 391; bkz. buna paralel bir karar LG (Eyalet Mahkemesi) Berlin, 10.07.1961 tarihli ve 16.O.54/61 sayılı kararı, bunun için Nordeman'ın yorumu bkz. NJW 62, 206.

¹⁷ NJW, 53, sayfa 91. DRsp (Alman içtihatları dergisi), I, 130.

¹⁸ Recke, NJW 53, sayfa 91. Bir kez daha NJW 58, sayfa 1876.

¹⁹ Arbeitsgericht Bremen. 1.6.1971 tarihli AZ 3 Cs 3100/71 sayılı karar n Betrieb 1972, sayfa 540; Bir sözleşme yapmak için topluma yapılan duyuru bir öneri değildir (kein Angebot an Allgemeinheit zum YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Her “öneri” ve her “kabul” karşılıklı bir irade açıklaması olarak belirli olmalıdır.²⁰ Bu belirlilik hem edim, hem semen hem de muhatap açısından gerçekleşmelidir.

4.Sonuç

Alman hukukunda egemen görüşe göre bir malın üzerine etiket konarak vitrinde teşhiri “öneriye çağrı” olarak kabul edilmelidir. Bu konuda farklı görüşlerin tartışılması ile yukarıda belirtildiği gibi, Alman Hukunda sözleşmelerin yapımında bir “öneri” ile “öneriye çağrı” arasındaki fark ve ölçütler saptanmış olmaktadır.

“Öneri” egemen görüşe göre belli bir muhataba yöneltilmiş olmalıdır. Yargı kararları da bunu böyle anlamakta ve değerlendirmektedir. Bunun dışında” öneri”muhakkak belli bir mala ilişkin olmalı ve nihayet öneride bulunan kişinin bağlayıcı olarak sözleşme yapma iradesi de açıkca ifade edilmiş olmalı, öneri muhatabının tek bir “evet” veya “tamam” cevabı ile karşı tarafla sözleşme kurulmuş olmalıdır.

Bir söylem sadece irade beyanında bulunanın kendisini sözleşme yapma konusunda kendisini bağlı kılmaksızın yaptığı bir açıklama ise, bu bir “öneri” değil, “öneriye çağrıdır”.

Eğer muhataplar da belli değil ise, bu durumda da yapılan açıklama bir “öneri” olmayıp, “öneriye çağrıdır”.

Günümüzde de elektronik ortamda yapılan satışlar için bilgisayarda yapılan duyurular da bir “öneriye çağrıdır”. Muhatap, bu çağrıya cevap verdikten sonra, çağrıyı yapanın “kabul” açıklaması ile sözleşme yapılmaktadır. E-mail yoluyla yapılan açıklamanın varış anı, e-mail kutusundan (mailbox) açıklamanın bir maus tuşu ile alınıp öğrenilmesi anıdır. İş saatlerinde yapılan bu açıklamalar aynı gün, iş saatleri dışında yapılan açıklamalar ertesi iş gün ulaşmış sayılır.²¹

Geçerli olan örf ve adet, bir “önerinin”, “öneriye çağrıdan” ayrılması için önemli bir temeldir.²²

Geçerli olan örf ve adet temelinden hareketle, irade beyanının içerik itibariyle bir öneri için gerekli belirginliği kapsayıp kapsamadığını, öneri sahibinin kendisini bu öneri ile bağlı tutmak isteyip istemediğini incelemek ve ancak ondan sonra yapılan irade açıklamasının “öneri” mi yoksa “öneriye çağrı” mı olduğunu değerlendirmek gerekir.

Bir malın üzerine etiket konarak vitrinde teşhir edilmesi olayında, bir “öneri”de bulunması gerekli nitelikler yoktur.

Üzerinde fiyat etiketi ile vitrinde teşhir edilen malı bir “öneri” olarak nitelendirmek mümkün olsaydı, bu durumda fiyat etiketinin yanlış olması halinde, alıcıyı BGB § 119 ve §122 hükümleri ile korumak mümkün olurdu.²³ Ayrıca alıcı, satıcıdan kendisine vitrinde teşhir edilmekte olan malın verilmesini de isteyebilirdi.²⁴

Abschluss eines Vertrages (OLG(Yüksek Eyalet Mahkemesi) Celle in Betrieb 71,1808) LG Hamburg, 01.11.1967 tarih ve AZ 17 S 138/67 (MDR 1968, sayfa 45).

²⁰ LG Hamburg, 01.11.1967 tarih ve AZ 17 S 138/67 (MDR 1968, sayfa 45).

²¹ Führich, Werdan, sayfa 32.

²² Soergel-Siebert de bu ölçütü kullanmaktadır. Ancak sonuçta üzerinde fiyat koyarak vitrinde mal teşhiri konusunda, bunun bir öneri olduğunu ifade etmektedir. (bkz. Soergel-Siebert yukarıda a.g.e.).

²³ Wolff, a.g.e, sayfa 128, ayrıca madde hükümleri için:

BGB § 119 Yamlığı nedeniyle itiraz

Ne var ki, Alman Hukukunda egemen görüşe göre üzerinde fiyat etiketi ile vitrinde mal teşhiri “öneriye çağrı” niteliğini taşıdığı için, fiyat etiketinin yanlış konulmuş olması halinde, satıcı alıcının tazminat istemini reddedebilecektir. Aynı şekilde satıcı, alıcı tarafından, kendi vitrininde üzerinde fiyat bulunan malı verip, özenle yapmış olduğu vitrinini bozmaya da zorlanamayacaktır.²⁵

Artık büyük alışveriş mağazalarında, vitrinde bir malın teşhirden bile, kesin rakam belirtilmeyip, vitrindeki malın sadece bir tür olduğunu belirten ve farklı fiyatları kapsadığını ifade eden “ab” yani “... den itibaren” sözcükleri yer almaktadır. Böylece müşteri etiketin yanlış konulabilmiş olacağını hesaplamaktadır. Sözleşme kasada yapıldığı için, etiket yanlış konmuş ise, malı pahalı bulması halinde, kasada bırakabilmektedir.

Böylece İsviçre Borçlar Kanununda mad. 7/ III de “kural” olan anlayış, Alman Hukukunda “istisna” haline gelmiştir. Bu istisna da üzerinde fiyatı ile teşhir edilen malı otomattan para atmak yoluyla alma konusu ile sınırlı kalmıştır.

KAYNAKÇA

I. Ders Kitapları

Eneccherus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 5.Aufl., Tübingen 1960.

Flume, W, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd.II Berlin, Heidelberg, New York 1965.

Führich R. Werdan I. Wirtschaftsprivatrecht in Faellen und Fragen, Verlag Vahlen, München 3.überarb. Aufl. 2006.

Lange, H., BGB Allgemeiner Teil ,juristische Kurz-Lehrbücher, 19. Aufl. München 1974.

Larenz, K, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 4. Aufl. München 1977.

(1) Her kim, irade açıklamasında onun içeriği hakkında yanlışya düşmüş veya hiçbir şekilde bu içerik hakkında irade açıklamasında bulunmak istememişse, konunun ve olayın bilinmesi ve anlaşılabilir bir şekilde değerlendirilmesi durumunda, bu açıklamayı esasen yapmayacak olması halinde itiraz edebilir.

(2) Açıklamanın içeriği hakkında yanlış, günlük değerlendirmede kişinin veya eşyanın esaslı niteliğindeki yanlış olarak da geçerlidir

BGB § 122 İtiraz Edenin Tazminat Borcu

(1) Bir irade açıklaması § 118 hükmüne göre geçersiz ise veya bu açıklamaya § 119 ve 120 hükümleri nedeniyle itiraz edilmişse, itiraz eden, bu itiraz bir kimseye karşı ileri sürülecekse, açıklamanın geçerliğine güvenerek bundan dolayı zarar görmüş olan o kimseye , aksi halde aynı durumda olan üçüncü kişilere karşı tazminat ödeme yükümü altındadır. Ancak bunun miktarı itiraza muhatap olan kimsenin veya üçüncü kişilerin bu açıklamadan sağlayacağı çıkarın üstünde olamaz.

(2) Zarar gören, geçersizliğin nedenini veya olaya itiraz edilebileceğini biliyor veya esasen kendi ihmali nedeniyle bilmesi gerekirken bilmiyorsa, tazminat yükümü söz konusu olmaz.

²⁴ Soergel-Siebert, a.g.e.

²⁵ Flume, a.g.e.

Lehmann, H, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 14, Aufl. Berlin 1963.

Ramm, T, Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des BGB, Bd II.

v. Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II, 1. Hälfte München und Leipzig 1914.

Wolf, M, Rechtsgeschäftslehre in Grundlagen des Vertrags-und Schuldrechts, München 1974.

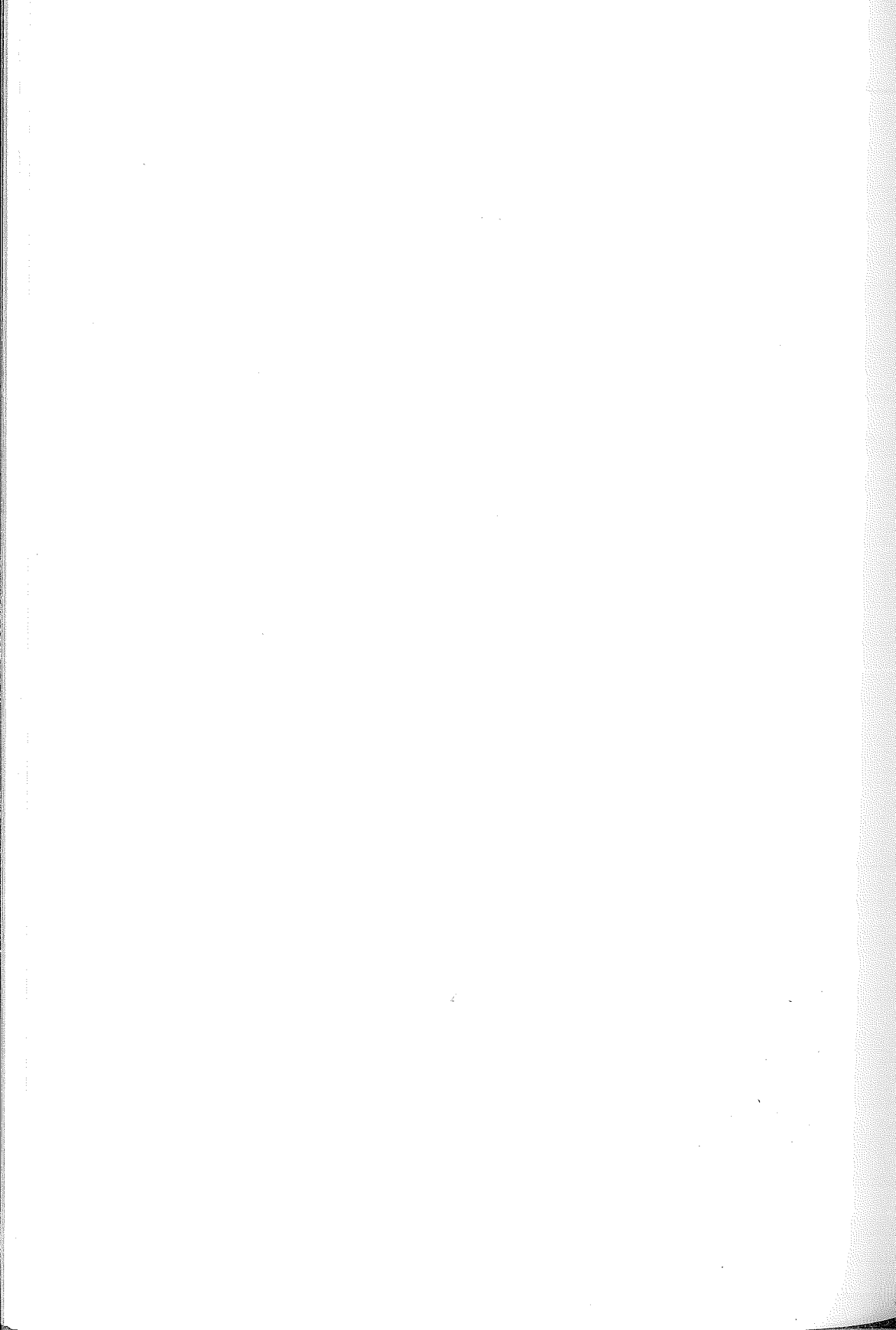
II. Şerhler

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz – Kommentar 36. Aufl. München 1977.

Rebmann-Saecker, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Bd. I München 1978.

Soergel-Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 1, 10. Aufl., Köln Heinrich Lange 1967.

Staudinger-Coing, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. Bd. I Berlin 1957.



**THE EFFECTS OF FINANCIAL AND ECONOMIC CRISES ON THE
DEMOCRATIZATION AND PEACE PROCESS OF THE WORLD**
(*FİNANSAL VE EKONOMİK KRİZLERİN DÜNYA DEMOKRATİKLEŞME VE BARİŞ
SÜRECİNE ETKİSİ*)

Dr. Mehmet Nuri ÖNORTAÇ*

ÖZET

Bu tebliğ metninde, yaşanan finansal ve ekonomik krizlerin, dünya demokrasisi ve dünya barış süreci üzerindeki Etkileri genel hatlarıyla irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Finansal kriz, ekonomik kriz, demokratikleşme, barış süreci, ekonomik büyüme, işsizlik, dünya ihracatı, dünya ithalatı, gıda fiyatları endeksi.

ABSTRACT

In this paper, the effects of financial and economic crises on the democratization and peace process of the world are generally discussed.

Keywords: *Financial crisis, economic crisis, democratization, peace process, globalization, economic growth, unemployment, world import, world export, food price index.*

Giriş

Bu çalışma, Yeditepe Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü ailesiyle birlikte geçirdiğim on yıl içerisinde tanımak onuruna ulaştığım çok değerli, gerçek bir beyefendi kişiliğine sahip, sevgili Prof. Dr. Erhan Adal Hocamız için hazırlanan bir dergide basılmak üzere gerçekleştirilmiştir. Erhan Hocamız gibi değerli bir insan için bir makale kaleme almak, akademisyenler için çok az rastlanan keyifli çalışmalarlardır.

2001 yılının sonlarına doğru Nakkaştepe'deki MBA binamızdan Kayışdağı'na taşınıp, orman içerisindeki, sayın Başkanımız Bedrettin Dalan'ın temelinden, inşaatının sonuna kadar başında durduğu ve özenle hazırladığı odalarımıza taşındığımızda, ilk gözüme çarpan akademisyenlerin başında sayın Prof. Dr. Erhan Adal gelmişti. Tam bir İstanbul beyefendisi niteliklerine sahip, güler yüzlü, kibar, özellikle kravatlarını titizlikle seçtiği belli olan, çok şık giyimli bu beyefendi Hocamızı görmemek ve onunla konuşmamak olası değildi. Bu nedenle, ilk tanıştığım hocalarımızdan biri Erhan Hoca olmuştu.

Sayın Adal gerek Hukuk Fakültesindeki idari ve akademik görevini, gerekse İşletme Bölümündeki yan akademik görevini gayet ciddiyetle ve başarıyla yürüten, öğ-

* Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management, e-mail: nonortac@yeditepe.edu.tr

rencilerle çok olumlu ilişkiler kurabilen, tüm akademik ve idari personel tarafından sevgi ve saygı ile karşılanan, Yeditepe'nin en kıdemli ve renkli simalarındandır.

Ben de onun anısına çıkartılacak olan yayma, günümüzün en önemli küresel olgularıyla ilintili olup, Birleşmiş Milletler Lions Günü için düzenlediğim bir konferansımı sunmayı uygun gördüm.

Mütevazı bir şekilde sayısız akademik kitap ve makaleye imza koymuş olan Erhan Adal Hocamıza bütün yaşamı boyunca sağlık ve esenlikler dilerim.

Dear Guests, it is a great honor to be a part of such an important event today. In February 2008, I was invited by Lyons Club Ulus, to make a presentation in front of their distinguished members, and I had chosen a topic entitled "Financial Globalization or Growth on Stock Exchange".

In this paper I had pointed out that at the beginning of the 21st. Century, contrary to what we observed in 20th. Century, financial markets had become the triggering mechanism or, in other words, the locomotive of real economic growth. And, I had drawn the attention of those distinguished audience to the astonishing synchronization of stock Exchange indices with GDP growth.

In a way, I was not aware that I was foreseeing, the second big financial crash and great recession of the world followed, which took place at the end of the same year. What is more interesting today is not only the economic developments of this financial and real economic crises, but its effects on social and political events we are observing with much care.

In my current presentation, I shall not refer to and examine the causes and results of this biggest financial crash, after 1929 great depression, and its economic effects on real economic sectors. As we all know, this severe financial turmoil originally started in U.S. quickly extended its borders to the rest of the world and caused the biggest economic recession all over the world.

As you can see from the sharp decrease of Istanbul Stock Exchange 100 Index, (Figure I), the real economic growth rates have almost plunged in each end every country resulting big increase in unemployment. In 2009 world trade volume has decreased substantially from 34 trillion usd, to 26 trillions usd, causing to similar changes in industrial outputs all over the world. (Figure II-III).

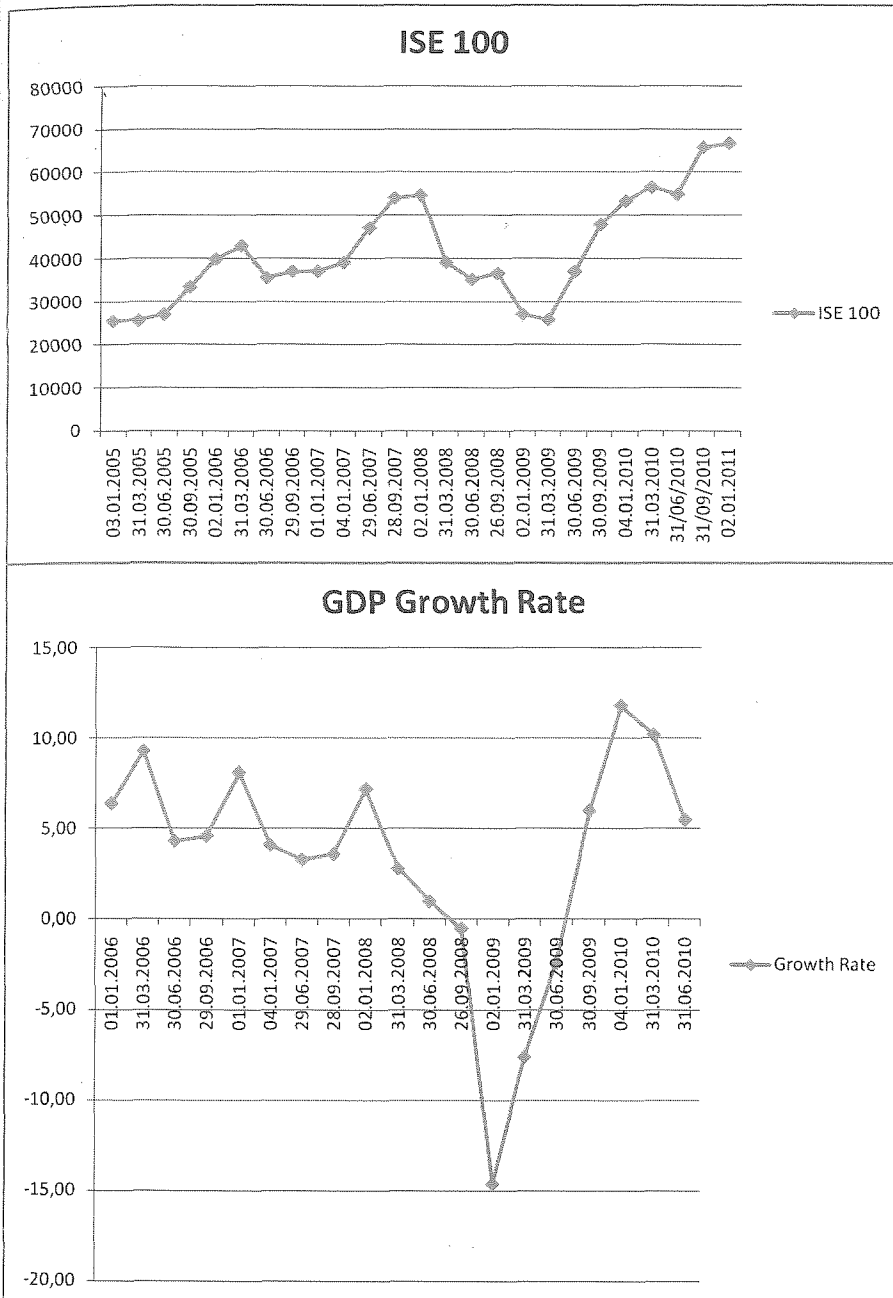


Figure I, Source: DPT Main Economic Indicators.

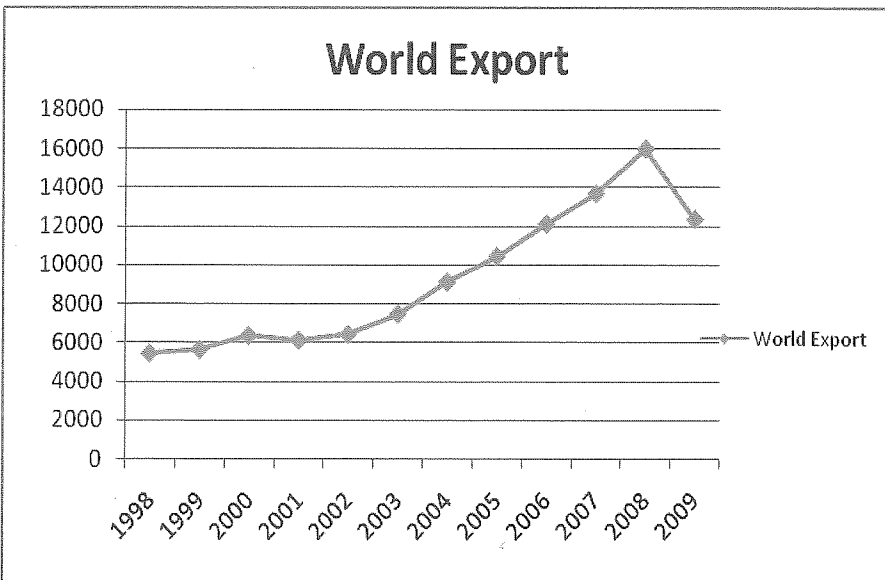
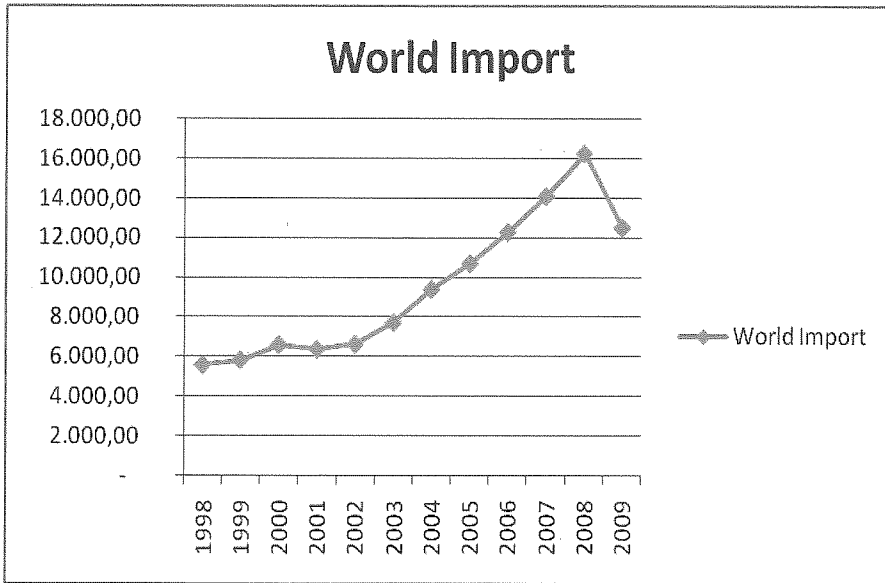


Figure II

*Billions of US Dollars

Source: IMF Financial Statistics Yearbook 2010.

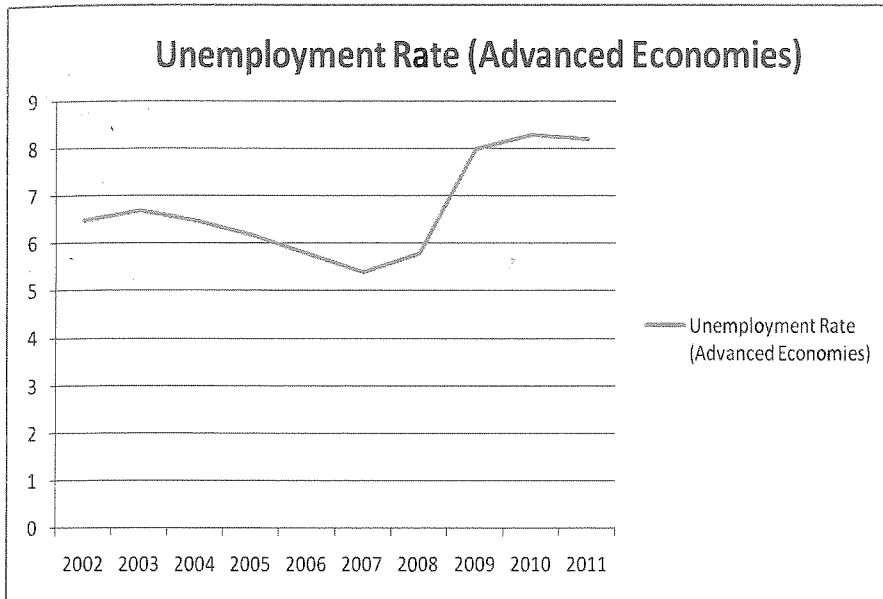


Figure III, Source: FAO.

Further effects of these developments in the world have been disastrous. Increase in food prices caused to a tragic reversal of the number of undernourished in

the world to above one billion. The tremendous increase in sovereign debt brought a grim picture in European Countries and the collapse of its southern front. Enormous increase in the Gini Coefficient which measures the in equilibrium in income distribution eventually brought the huge potential of unrest in the Arab world, ending up with the loss of many, already too many human lives.

Presently the only positive expectation is, the spreading of democratization, first in Middle East and than in the rest of the world, to the countries where the population are being governed by tyrants and creating a potential danger to world peace process.

Another, rather positive influence of the global crisis is on the emerging market countries. According to a special report on the world economy, published in Economist magazine,¹ the next few years could be defined as much by stagnation of the West as by the emergence of the rest. Emerging markets, of which Turkey is one of the prime members, have been, by far the biggest contributors to global growth this year. In these economies foreign capital is pouring in, spare capacity has been used up and inflation is still under control. But in spite of all these positive events, from Greece to Ireland, from Afghanistan to Libya, from Iran to Israel the world is boiling up. If eventually democratic administrations replace the monarchic ones, we presume these developments will contribute to world peace process; otherwise we have nothing else but to hope and pray.

In our opinion, in the hart of these events lies the two important consequences of the recent financial crises, namely inequality of income distribution and unemployment. It is not a coincidence that all these political turmoil started two months ago, when a Tunisian fruit seller called Muhammad Bouazizi set fire to himself in despair over

lack of work. During the joyful booming and bubbling years before great recession, while corporations and their chief executive officers enjoying high stock prices, profits and bonuses, their principal investors i.e. middle eastern tyrants and sheikhs, invested the surplus earned from increasing oil prices into western financial markets in the forms of equity financing, investment funds, hedge funds and off-shore deposits, instead of investing them in their own countries to productive investment projects, which would create sufficient employment facilities especially for the young generations. For instance with biggest oil reserves in Africa, Libyans are surprisingly poor and when there are 1.5 million foreign workers in the country, young Libyans have great difficulty to find jobs.

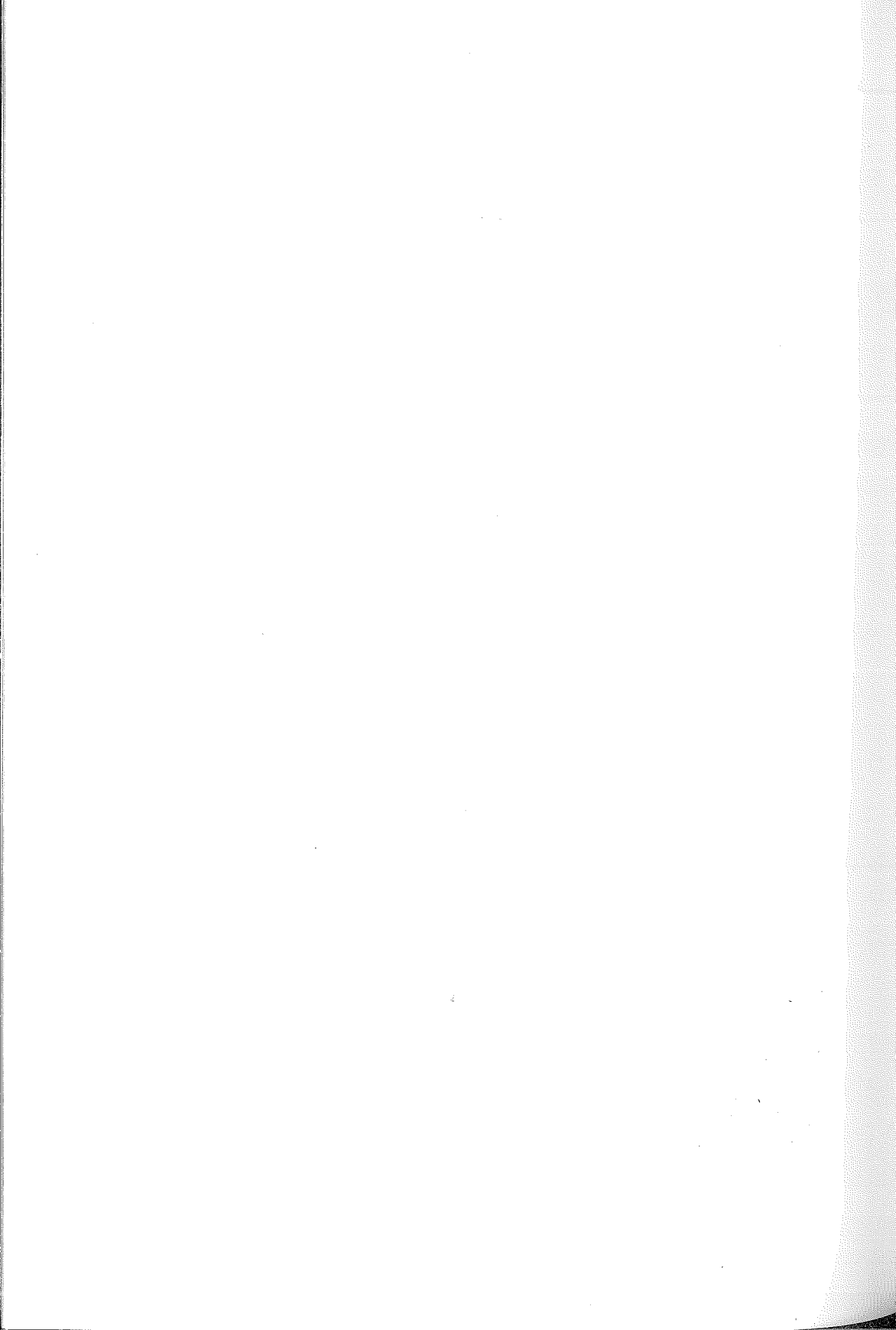
According to another article published in "Economist" Magazine,² inequality is rising. Mr. Dominique Strauss-Kahn, the head of IMF has recently touched upon the gap between rich and poor especially within countries. The most obvious reason for the renewed attention is the inequality's apparent increase. The related coefficient measuring the inequality of income distribution is Gini coefficient, which runs from 0 to 1 and presently most countries range between 0.25 and 0.6.

¹ Economist, October 9th 2010.

² Economist, January 22nd 2011.

And the most recent concern of the world is that, the food system is in crises³. As we can see from Figure III, the food prices have rocketed. High prices are adding millions to the number who go to bed hungry and angry each night. Again the westerners, especially the European countries are busy with subsidizing their farmers to sustain their welfare systems but, totally neglecting what is happening in the rest of the world. They are being pretty ostriches, who can not follow the economic globalization of the world. What they are forgetting the most, is the globalization of the world, not only from economic and financial points of view, but also from economy-politics and geo-politics' view points.

³ Economist February 26th 2011



6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ŞİRKET GENEL KURULUNA ÖZGÜ DÜZENLEMELERİ

(REGULATIONS IN THE TURKISH COMMERCIAL CODE (6102) ON THE JOINT-STOCK COMPANY'S GENERAL SHAREHOLDERS' MEETING)

Dr. Seniha DAL*

ÖZET

Genel kurul, anonim şirketin kanunen zorunlu organıdır ve tüm pay sahipleri genel kurulu oluşturur. Bu çalışmada, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun genel kurul organına bakışı ve bu organa ilişkin düzenlemeleri ele alınmıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu genel kurulun organ niteliğini koruyarak halihazırdaki mevcut yapısını değiştirmemekle birlikte genel kurulun işleyişini iyileştiren, güncel ihtiyaçlara cevap veren ve hukuki boşlukları dolduran yeni hükümler içermektedir. İşte, anılan Kanundaki bu hükümler bu çalışmanın konusudur.

Anahtar Kelimeler: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre genel kurul organı, görev ve yetkileri, genel kurul toplantı türleri, temsil ve pay sahipliği hakları.

ABSTRACT

General shareholders' meeting is a legally mandatory body of joint-stock company and it consists of all shareholders. In this study, the Turkish Commercial Code's (6102) perspective and regulations on the body of the general shareholders' meeting has been evaluated. The new Turkish Commercial Code, does not change over the body characteristics of the general shareholders' meeting. It improves the functioning of the general shareholders' meeting where it satisfies the current needs and fills the legal gaps. Therefore, assessment of the above mentioned Code and its articles about general shareholders' meeting are the main topic of this study.

Keywords: *The body characteristics of the general shareholders' meeting according to the new Turkish Commercial Code, duties and authorities, types of general shareholders' meeting, proxy and shareholders' rights.*

GİRİŞ

Genel kurul anonim şirket pay sahiplerinin, şirketle ilgili haklarını kullandıkları, organlarını tayin ve ibra ettikleri, finansal raporları inceleyip karar verdikleri, esas sözleşme değişikliklerini yaptıkları kanunen zorunlu irade ve karar organıdır. Genel kurul anonim ortaklığın zorunlu ve devamlı bir organı olmakla birlikte sürekli çalışan bir organı değildir, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre, belirli zamanlarda ortaklık pay sahiplerinin veya temsilcilerinin bir araya gelmesi ile oluşan bir iç organdır. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) genel kurulun bu niteliğini koruyarak mevcut yapısını değiştirmemekle birlikte genel kurul ile ilgili yenilikler içeren bazı düzenle-

meler getirmiştir. Genel kurula ilişkin bu düzenlemeler anılan Kanunun 407 ve 451 inci maddeleri arasında yer almaktadır.

Anılan düzenlemelerin bir çoğu halihazırda yürürlükte olan 6762 sayılı TTK'nın güncel ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kalan ve uygulamada ortaya çıkan boşlukları dolduran nitelikte olmakla birlikte bazıları da ilk kez hukukumuzda girmiştir. Örneğin genel kurula davette yine çağrı usulü geçerlidir ancak çağrının ne şekilde yapılacağını, genel kurul toplantısının işleyişini gösteren bir iç tüzüğün çıkarılması zorunluluğu yeni TTK ile getirilmiştir. Ayrıca, azınlığın genel kurulu toplantıya çağırmasına ilişkin açıklayıcı hükümler ilk kez düzenlenerek bu alandaki mevcut TTK'daki boşluklar giderilmiştir. Genel kurulda şirketler hukukuna özgü temsil anlayışı kabul edilerek ilk kez kurumsal temsil hükümlerine yer verilmiştir. Bundan başka, genel kurul kararlarının butlanı sebepleri de Türk hukukunda ilk defa düzenlenmiştir.

Özetle, 6102 sayılı yeni TTK genel kurulun yapısında ve işleyişinde temel anlayışı değiştirmemekle birlikte yürürlükteki TTK'daki genel kurul sistemini iyileştiren, güncel ihtiyaçlara cevap veren ve boşlukları dolduran yeni hükümler içermektedir. Bu çalışmada anonim şirket genel kuruluna özgü anılan Kanundaki bu düzenlemeler mevcut TTK'daki düzenlemeler ile birlikte ele alınacaktır.

I- GENEL KURULUN ORGAN NİTELİĞİ, GÖREV VE YETKİLERİ

A- Genel Kurulun Organ Niteliği ve Üst Organ Özelliği

Yeni TTK genel kurulun organ niteliğinde herhangi bir değişiklik içermemektedir. Genel kurul tüm pay sahiplerinin ortaklık haklarını kullandıkları, kanunen zorunlu¹ icrai görevleri olmayan iç organdır. Tüm pay sahiplerinden oluşan genel kurul karar organıdır ve hiçbir organdan talimat almaz, yönetim kurulu üyelerini seçme, ibra ve görevden alma yetkisine sahiptir. Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini üzerindeki bu yetkisi sebebiyle öğretide genel kurulun üst organ özelliğine sahip olduğu anlayışını benimseyen yazarlarımız² vardır. Yeni TTK ile öğretide bazı yazarlar tarafından benimsenen genel kurulun üst organ özelliğine açıklık getirilmiştir³. Yeni düzenleme ile genel kurulun üst organ teorisi terk edilerek anonim şirketlerin kanunen zorunlu bu iki organı arasında altlık-üstlük ilişkisine son verilmiştir. Bu anlayışa göre genel kurul ile yönetim kurulu arasında işlev ayrılığı söz konusudur. Genel Kurul diğer organları seçer ancak bu organların yerine geçerek onların yetkilerini kullanamaz. Her organ kendisine bırakılan alanda yetkilidir. Bu yetkilere göre, genel kurulun yönetim kurulu

* Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü, İşletme Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: seniha.dal@superonline.com

¹ Anonim şirketlerde genel kurul yönetim kurulu ile birlikte mutlak bulunması gereken kanuni zorunlu organdır. Ünal TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık-I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 106.

² Halil ARSLANLI, "Anonim Şirketlerde Umumi Heyet". İÜHFM. C. XXIV. S. 1-4. 1959. ss.204-288.; Oğuz İMREGÜN, *Anonim Ortaklıklar*. 4. Basım. İstanbul: Yasa Yayınları, 1989.; Oğuz Kürşat ÜNAL, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı*. 1. Basım. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005.

³ Yürürlükte olan TTK'da genel kurulun üst organ olduğu açıkça düzenlenmemekle birlikte mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 698/1'de genel kurulun üst organ olduğunu belirten bir hüküm bulunmaktadır. Bu durum ülkemiz öğretisinde görüş farklılığına neden olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Seniha DAL, *Türk Sermaye Piyasası Hukukuna Göre Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 105 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

üyelerini seçmesi, ibra etmesi ve görevden alması ona yönetim kurulu karşısında bir üst organ niteliği kazandırmaz. Genel kurulun bu yetkisi onun bir seçme azletme organı olduğunu göstermektedir. Bu durum yönetim kurulunun devredilemez yetkilerini düzenleyen m. 375'in gerekçesinde açıkça dile getirilmiştir. Anılan gerekçeye göre, "Ticaret kanununda, organlar arasında işlev ayrımı yapılmış, organlar arasında işlev bağlamında güç yönünden denklik kabul edilmiş, buna karşılık genel kurulun her şeye kadir olduğuna ve bütün kararları alabilme yetkisi ile donatıldığına ilişkin salt yetki teorisi reddedilmiştir."

Görüldüğü üzere 6102 sayılı TTK, genel kurulun organ niteliğini korumakla birlikte genel kurulun üst organ özelliğine sahip olduğu yönündeki görüş farklılığına son vererek genel kurul ile yönetim kurulu arasında bir hiyerarşik yapılanma değil görev ayrılığı olduğunu benimsemiştir.

B- Genel Kurulun Görev ve Yetkileri

Yeni TTK'nın anonim şirketlerde bağımsız denetim esasını benimsemesi sonucu hali hazırdaki TTK'da bulunan iç denetim organı kaldırılmıştır. Böylece anonim ortaklıklarda kanunen bulunması zorunlu organlar yönetim kurulu ve genel kurul olarak ikiye ayrılmaktadır.

Anonim ortaklığın bu ikili organ yapısı içinde her iki organında münhasır yetki alanları yürürlükteki TTK'dan farklı olarak 6102 sayılı TTK'da ilk kez yeni bir madde ile açıkça düzenlenmiştir. Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri m. 375'de genel kurulun görev ve yetkileri de m. 408'de düzenlenmiştir. Anılan hükümde genel kurulun hem devredilebilir hem de devredilemez yetkileri toplu olarak yer almaktadır. M. 408/1'de bir karar organı olan genel kurulun karar alma yetkisinin kanun ve esas sözleşme hükümleri ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Bir diğer ifadeyle genel kurul ortaklıkla ilgili her konuda karar alma yetkisine sahip değil ancak kanunun ve ortaklık esas sözleşmesinin kendisine verdiği yetkili konularda karar alabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, ortaklık esas sözleşmesi de kanunda olmayan bir yetki ile genel kurulu görevlendiremez. Şöyle ki, "esas sözleşme, anonim şirketin organsal yetki sistemini kuran yapısına ve organlar arasındaki kanuni işlev dağılımına aykırı bir şekilde genel kurulu yetkilendiremez⁴; ..." Kısaca genel kurul sadece kanunda ve kanuna uygun esas sözleşmede öngörülen hallerde karar alır.

Genel kurulun bazı yetkileri vardır ki, yalnızca genel kurul tarafından kullanılabilir ve başka hiçbir organa devredilemez. M. 408/2'de genel kurulun devredilemez yetkileri düzenlenmiştir. Genel kurulun bu yetkileri nitelikleri gereği, sadece genel kurul tarafından kullanılabilir esas sözleşme ile dahi başka hiçbir organa devredilemez. Genel kurul, esas sözleşmenin değiştirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları, kanunda öngörülen istisnalar⁵ dışında denetçinin ve işlem denetçilerinin seçimi ile görevden alınmaları, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kar üzerinde tasarrufa, kar payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kara

⁴ 6102 sayılı TTK m. 408/1'in gerekçesi.

⁵ Bu istisnalara örnek olarak 6102 sayılı TTK m. 458, 505 ve 399/2'yi verebiliriz.

katılması dahil, kullanılmasına dair kararların alınması, kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışında tek yetkili organdır. Genel kurulun yetkileri sadece bu sayılanlardan ibaret değildir. Genel kurul bundan başka da devredilebilir ya da devredilemez nitelikte görev ve yetkileri bulunmaktadır⁶.

Genel kurulun görev ve yetkilerini düzenleyen m. 408/1-2'yi birlikte değerlendirdiğimizde genel kurulun kanun ya da esas sözleşme ile açıkça yetkisinin olmadığı alanlarda karar alamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bu durum yönetim kurulunun görev ve yetkilerini düzenleyen m. 374⁷ ile birlikte değerlendirildiğinde genel kurulun yetkilerinin sınırlandırıldığı bunun yerine yönetim kuruluna ortaklığın işletme konusu ile ilgili her konuda karar alma yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak diyebiliriz ki, yeni TTK anonim şirketin kanunen zorunlu iki organı arasında yönetim kurulunun konumunu daha da güçlendirerek etkili hale getirmektedir.

II- GENEL KURUL TOPLANTISI

A- GENEL KURUL TOPLANTI ÇEŞİTLERİ

1. Olağan-Olağanüstü Genel Kurul Toplantıları

a. Olağan Genel Kurul Toplantısı

Olağan genel kurul toplantısı her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır. Bu toplantılar, şirket organlarının seçilmesi, finansal tabloların onanması, yönetim kurulu üyelerinin ibraları, kazancın paylaşılması vb. amacıyla yapılan toplantılardır. Hem olağan hem de olağanüstü genel kurul toplantılarına ilişkin düzenleme yeni TTK m. 409'da düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, yürürlükteki TTK m. 364'ün tekrarıdır. Mevcut düzenlemeden farklı olarak m. 409/3 ile genel kurul toplantılarının şirket merkezinin bulunduğu yer dışında Türkiye'de ya da başka bir yerde toplanmasına olanak sağlanmıştır. Bunun için şirket esas sözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmaması gerekir. Yani, şirket esas sözleşmesinin izin vermesi halinde genel kurul toplantıları şirket merkezinde olabileceği gibi başka yerde hatta başka ülkede de yapılabilir. Ayrıca m. 364/2'de yer alan ve hiçbir uygulaması bulunmayan yılda birkaç defa kar dağıtan anonim şirketlere ilişkin hükme yeni TTK'da yer verilmemiştir. Olağan genel kurul toplantısının gündemi yeni TTK m. 413'de düzenlenmiştir.

b. Olağanüstü Genel Kurul Toplantısı

Olağan genel kurul toplantıları her yıl yapılan ve gündemi kanunla belirlenmiş olan toplantılar iken olağanüstü genel kurul toplantıları konusu ve zamanı belli olmayan zorunlu ve ivedi durumlar ortaya çıkınca gerçekleştirilen toplantılardır. Olağan ile olağanüstü genel kurul toplantıları arasındaki temel fark budur. Olağanüstü genel kurul toplantılarının gündemi, toplantı yapılmasını gerektiren zorunlu ve ivedi sebeplerden meydana gelir ve gündem genel kurul toplantısı daveti yapan organ tarafından belirlenir. 6102 sayılı TTK'da olağan genel kurul toplantı gündemi kanun ile belirlenmemiş-

⁶ Bkz. 6102 sayılı TTK m. 151/1, 173, 189, 329, 529 ve Kanunda bulunan diğer hükümler.

⁷ "Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim; kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir".

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

tir. Bu nedenle olağan ve olağanüstü genel kurul toplantıları arasındaki farklılık birinin zamanının belli olması ve yılda bir kez yapılması iken diğerinin ise acil her durumda yılda birden fazla yapılabilecek olmasıdır. Toplantıda alınan kararların geçerliliği ve etkinliği açısından olağan genel kurul ile olağanüstü genel kurul arasında bir fark bulunmamaktadır. Yürürlükteki TTK m. 364/3'de yer alan olağanüstü genel kurul toplantısı yeni TTK m. 409/2'de düzenlenmiştir.

2. Çağrılı - Çağrısız Genel Kurul Toplantıları

a. Çağrılı Genel Kurul

Genel kurul iradesini kanunda ve esas sözleşmede öngörülen çağrı usulüne uygun olarak yapılan toplantılarda alınan kararlarla açıklar. Çağrılı genel kurul yeni TTK m. 410'da düzenlenmiştir.

aa. Çağrıya Yetkili Olanlar

6102 sayılı TTK m. 410 uyarınca, genel kurulu toplantıya çağırmaya yetkili olanlar, yönetim kurulu, tasfiye memurları, pay sahibi ve azlık olmak üzere yeniden düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK m. 365'den farklı olarak buradaki yenilik çağrı yetkisi bulunanlar arasında denetçinin bulunmamasıdır. 6102 sayılı TTK'nın anonim şirketlerde iç denetleme organını kaldırmış olması bu sonucu doğurmuştur. M. 410/1'de düzenlenen bir diğer yenilik de toplantıya çağrı yetkisi görev süresi dolmuş olsa dahi yönetim kurulundadır. Yürürlükteki TTK'da bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmaması uygulamada sorunlara sebep oluyordu. Uygulamada tartışma yaratan bu sorun yeni TTK'da çözüme kavuşturulmuştur. Yönetim kurulu üyelerinden başka tasfiye memurları da, görevleri ile ilgili konularda, genel kurulu toplantıya çağırabilirler. Hükmün ifadesinden de anlaşılacağı gibi, tasfiye memurları sadece görevleri ile ilgili konular sebebiyle genel kurulu toplantıya çağırabilirler. Bunun dışındaki konularda şirket tasfiye halinde olsa bile yetki yönetim kurulundadır⁸.

Anılan hükmün ikinci fıkrasında tek bir pay sahibine mahkemenin izniyle, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi tanınmıştır. Pay sahibinin bu yola başvurabilmesinin şartları ise şirket yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkan bulunmaması ya da mevcut olmaması halleridir. Tüm bu hallerde organ yokluğu söz konusudur⁹. Ancak organ yokluğunun söz konusu olmadığı durumlarda dahi pay sahibi mahkeme aracılığıyla genel kurulu toplantıya çağırabilir ya da gündeme madde ekletebilir. Konuya ilişkin düzenlemeye m. 412'de yer verilmiştir. Buna göre, "paysahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağırılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar." Her iki durumda da mahkeme kararları kesindir.

⁸ M. 410/1'e ilişkin gerekçe.

⁹ Yeni TTK bu düzenlemesi ile organ yokluğunun önüne geçmiştir. Bu hüküm tek kişilik anonim şirketler açısından özel önem arz etmektedir. Bkz. TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 170.

Azlığın genel kurulu toplantıya çağırmasını düzenleyen m. 411 esasen yürürlükteki TTK m. 366'yı tekrar etmekle birlikte uygulamadaki sorunlara çözüm getirir niteliktedir. Anılan hüküm uyarınca, azlığın çağrı yetkisi azlık lehine kesin sürelerle bağlandığı gibi azlığın talebi üzerine belirli sürelerde cevap verilmemiş olması halinde de çağrı yetkisi düzenlenmiştir. Şöyle ki, çağrı ve gündeme madde konulması talebi noter aracılığı ile yapılmalıdır. Yönetim kurulu azlığın başvurusuna yedi gün içinde olumlu ya da olumsuz bir cevap vermelidir. Aksi halde talebi reddetmiş sayılır. Bu halde talebi reddedilen azlık mahkemeye başvurur ve mahkeme çağrı yapılmasını uygun bulursa bir kayyım atar. Eğer yönetim kurulu azlığın talebini kabul etmiş ise, genel kurulu en geç kırkbeş gün içinde toplanacak şekilde toplantıya çağırmalıdır. Aksi halde azlık, mahkemeye başvurmadan dahi genel kurulu toplantıya çağırabilir.

bb. Çağrı Usulü

Anonim şirketlerde genel kurul toplantı daveti belirli bir prosedüre tabidir. Genel kurulun karar alabilmesi için öncelikle kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun bir çağrı yapılmalıdır. Bu alınan genel kurul kararlarının geçerliliği için şarttır¹⁰. 6102 sayılı TTK m. 414'de düzenlenen çağrı usulünde 6762 sayılı TTK m. 368'deki anlayışı korumakla birlikte bazı yenilikleri de düzenlemiştir. Bu yeniliklerden en önemlisi genel kurul davetinin şirketin internet sitesinde de ilan edilecek olmasıdır. Bundan başka pay defterinde yazılı pay sahipleri ile birlikte önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine de toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı ve çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla bildirilecektir.

cc. Toplantıya Katılanlar

Anonim şirket genel kurul toplantısına katılacakların belirlenmesinde ikili bir ayırım yapılabilir¹¹. Öncelikle genel kurul toplantısına katılmak bir hak olup ve bu hakka sahip olanlar yeni TTK m. 407/1'de ifade edildiği gibi pay sahipleridir. Bir diğeri ise genel kurul toplantısına katılması bir görev olanlar ve bu göreve sahip olanlardır. 6762 sayılı TTK bu görevi denetçilere vermiştir. Denetçilerin görevlerini düzenleyen m. 353/1 uyarınca, denetçiler genel kurul toplantılarında hazır bulunmalıdırlar. Denetçilerden başka bakanlık komiseri de genel kurul toplantısına katılmak zorundadır. Zira, genel kurul kararlarının geçerliliği için toplantıda mutlaka Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan bir komiserin bulunması zorunludur. Yürürlükteki TTK'da yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantılarına katılmalarını zorunlu kılan herhangi bir hüküm

¹⁰ Aksi halde pay sahiplerinin toplanması ve geçerli bir karar alması mümkün değildir. GK'nın toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması ya da kanunların genel kurul davetine ilişkin hükümlerine aykırı olarak yapılan davet üzerine toplanan genel kurulda alınan kararlar uygulamada kabul edilen anlayışa göre iptal edilebilir niteliktedir. Bkz. 11. HD., 10.11.1989 tarihli E. 89/6155, K. 89/6157.

¹¹ Genel kurul toplantısına katılacakları ikili ayırım yerine üçlü bir ayırma da tabi tutulabilir. Üçüncü ayırım olarak da genel kurul toplantılarına izin alarak dinleyici olarak katılanlar ifade edilir. Bkz. İlhan YİĞİT, *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 28-29.

bulunmamaktadır¹². İşte 6102 sayılı TTK m. 407/2'deki düzenleme ile bu boşluğu doldurmuştur. Anılan hüküm uyarınca, “murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları zorunludur. Diğer yönetim kurulu üyeleri isterlerse genel kurul toplantısına katılabilirler. Ancak, denetçi ve kendilerini ilgilendiren konularda işlem denetçisi genel kurulda hazır bulunur. Üyeler ve denetçiler görüş bildirebilir.” Söz konusu hüküm şirkette bulunan murahhas üyelerin tamamını genel kurula katılmakla yükümlü tutar iken yönetim kurulu üyelerinden en az bir tanesini genel kurula katılmakla yükümlü tutmuştur. Diğer yönetim kurulu üyelerinin toplantıya katılmalarını kendi iradelerine bırakmıştır. Ayrıca denetçiler için “en az bir” ifadesini kullanmadığından şirkette bulunan tüm denetçiler genel kurul toplantılarına katılmakla yükümlüdür. Yalnızca işlem denetçisi¹³ kendisini ilgilendiren konularla sınırlı olarak genel kurul toplantısında hazır bulunmakla yükümlüdür. Fakat üyelerin ve denetçilerin tamamı genel kurul toplantısında görüş bildirebilirler¹⁴. Uygulamadaki boşluğu dolduran bu hüküm öğretide eleştirilmiştir. Her şeyden önce hükme aykırılık halinde yaptırımın ne olacağı belirtilmemiştir¹⁵. Ayrıca birden fazla yönetim kurulu üyesi olan şirketlerde hangi yönetim kurulu üyesinin katılacağına kim ve nasıl karar vereceği da açıkça düzenlenmediğinden uygulamada bu konunun uyuşmazlıklara yol açacağı da ileri sürülmektedir¹⁶. M. 407/3 uyarınca, genel kurul toplantılarına katılması zorunlu olan bir kişi de Bakanlık komiseri ya da Kanundaki ifadesiyle Bakanlık temsilcisidir¹⁷.

Genel kurul toplantısına katılma hakkına sahip olanlar yalnızca 407 inci maddede ifade edilmiş olanlar değildir. Bundan başka 6102 sayılı TTK'nın ilgili hükümlerle

¹² 6762 sayılı TTK'da bu alanda bir boşluk bulunmaktadır. Söz konusu boşluk daha sonra “Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanavi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik” ile giderilmiştir. Anılan Yönetmelik m. 20 uyarınca, genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin kendilerinin hazır bulunması esastır. Olağan genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyelerinden en az bir üye ile, denetçilerden de en az birisi hazır bulunmadıkça toplantı yapılamaz.

¹³ “İşlem denetçisi” kavramı ile Türk hukuku ilk kez 6762 sayılı TTK ile tanışmıştır. Anılan denetçilerle yeni TTK'nın 400 ve 554 üncü maddelerinde yer verilmiştir. Buna göre, işlem denetçisi, şirket kuruluşu, sermaye artırımı, azaltımı, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi vb. şirket işlemlerini denetlemekle yükümlüdür.

¹⁴ Yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin görüş bildirebilecekleri açıkça hükme bağlanarak kendilerini savunabilme ve yaptıkları işleri açıklayabilme hakkı yaratılmış ve sorumluluk hukuku yönünden konularını güçlendirilmiştir.

¹⁵ Her ne kadar hükme aykırılığın yaptırımı belirtilmemiş ise de anılan kişilerin yokluğunun alman genel kurul kararının geçerliliğini etkilemeyeceği m. 407/2'ye ilişkin gerekçede ifade edilmiştir.

¹⁶ Hükümün eleştirisi için bkz. Ömer TEOMAN, “Yürürlükteki Hukukumuzda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar”, BATİDER, C. 25, S. 4, s. 27 vd.

¹⁷ Anılan hükmün üçüncü fıkrası uyarınca, Bakanlık temsilcilerinin kimler olacağı, görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar, bunların intelik, görev ve yetkileri ile ücret tarifeleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

rinde öngörülen pay sahiplerinin temsilcileri¹⁸, intifa hakkı sahipleri¹⁹ de genel kurula katılma hakkına sahiptirler.

dd. Genel Kurul Toplantısının İşleyişi

6102 sayılı TTK m. 419/1'de genel kurul toplantı başkanlığı için özel bir hüküm düzenlemiştir. Buna göre, esas sözleşmede aksine bir düzenleme yok ise, toplantıyı, genel kurul tarafından seçilen, pay sahibi sıfatını taşıması zorunlu olmayan bir başkan yönetir. Başkan tutanak yazmanı ile gerek görürse oy toplama memurunu belirleyerek başkanlığı oluşturur ve gerek görürse de başkan yardımcısı da seçilir. 6762 sayılı TTK'da karşılığı olmayan bir hükümdür. Anılan hükmün ikinci fıkrası da genel kurul toplantısının düzeni ve yönetimi hakkında bir "iç yönetmelik" çıkarılmasını zorunlu kılar. 6102 sayılı TTK'nın bu düzenlemesi mevcut TTK'daki bir boşluğu doldurur niteliktedir. Gerçekten yeni TTK'nın genel kurullara ilişkin olarak getirdiği önemli yeniliklerden birisi de "iç yönetmelik"tir. M. 419/2 uyarınca, yönetim kurulu, genel kurulun işleyişi ile ilgili bir iç yönetmelik hazırlamakla yükümlüdür. Söz konusu yönetmeliğin asgari unsurları Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanan iç yönetmelik, genel kurulun onayından sonra yürürlüğe girecektir. Hazırlanan iç yönetmelik aynı zamanda tescil ve ilan edilmelidir.

İç yönetmelik genel kurul toplantılarının açılışından kapanışına kadar ne şekilde işleyeceğini düzenler. Genel kurul toplantı başkanlığı ya da başkan bu iç yönetmeliğe göre toplantıyı yönetmek zorundadır.

ee. Genel Kurul Toplantı Gündemi ve Gündeme Bağlılık

Genel kurul toplantısı ister olağan ya da olağanüstü olsun ister çağrılı yada çağrısız toplantı yapılsın genel kurul mutlaka bir gündem bağlamında toplanır. Zira, genel kurul toplantılarında gündeme bağlılık ilkesi geçerlidir ve gündemde olmayan konular görüşülemez. Gündem ile kastedilen, genel kurulda görüşülecek ve karara bağlanması söz konusu olan konuların tamamının listesidir. 6762 sayılı TTK m. 369/2'de yer alan gündeme bağlılık ilkesi gereğince, genel kurul çalışmalarında toplantı gündemi ile bağlıdır, gündemde yer almayan konular hakkında genel kurulda görüşme yapılamaz, karar alınamaz. Kanuni istisnalar saklıdır. Yürürlükteki TTK'daki bu anlayış 6102 sayılı TTK'da da korunmuştur (m. 413/2).

6102 sayılı TTK m. 413 ile iki yeni düzenleme getirmektedir. Bunlardan birincisi m. 413/1'de yer almaktadır. Anılan fıkrada, gündemin, genel kurulu toplantıya çağran tarafından belirleneceği ifade edilmektedir. Bu ifade ile de mevcut TTK'daki

¹⁸ Temsilci geniş anlamda kullanılmıştır. Buna göre, hem bireysel hem de kurumsal temsilciler genel kurula pay sahibi adına katılabilirler. Bir paya birden çok kişi sahip ise, bunlar içlerinden birini veya üçüncü bir kişiyi, genel kurulda oy kullanması için temsilci olarak atayabilirler. Bkz. 6102 sayılı TTK m. 432/1.

¹⁹ Bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması halinde, aksine bir düzenleme yok ise oy hakkı, intifa hakkı sahibine aittir. Ancak, intifa hakkı sahibi, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde gözetmelidir. Aksi halde pay sahibine karşı sorumlu olur. Bkz. 6102 sayılı TTK m. 432/2.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

olağan genel kurullardaki gündemin zorunlu içeriği kaldırılmaktadır²⁰. İkincisi ise, TTK m. 413/3'de düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tabloların müzakeresi ile ilgili kabul edilir. Bu hüküm ile genel kurula yönetim kurulu üyelerini her olağan genel kurul toplantısında görevden alabilme imkanı getirerek uygulamada çok tartışmalı olan bir soruna çözüm üretilmiştir²¹. Böylece, pay sahipleri yılsonu finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun değil ise gündemde olsun ya da olmasın yönetim kurulunu değiştirebilecektir.

ff. Genel Kurulda Toplantı ve Karar Nisapları

a) Toplantı Nisapları

Genel kurulunun görüşmelere başlayabilmesi ve karar alabilmesi için toplantı nisabının bulunması gerekir. Anonim şirketlerde genel kurulun toplantı nisabı hesaplanırken, pay sahiplerinin sayısı değil temsil ettikleri sermaye miktarı esas alınır. TTK'da toplantı nisapları, genel kurul toplantısının türüne göre değil, genel kurulun gündemi ve esas sözleşme değişikliği ile ilgili konulara göre değişmektedir. Buna göre, hem yürürlükteki TTK'da hem de yeni TTK'da toplantı nisapları adi (basit, olağan) ve nitelikli (ağırlaştırılmış, mevsuf) nisaplar olmak üzere iki ayrı madde de ele alınmıştır. Hemen belirtelim ki, Kanunda bu maddeler dışında nisaplara ilişkin maddeler de bulunmaktadır²².

aa) Adi Toplantı Nisabı

6102 sayılı TTK m. 418/1'de adi toplantı yetersayısı düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, "Genel kurullar, bu kanunda ya da esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan haller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz." Bir diğer ifadeyle, ilk toplantıya sermayenin dörtte biri temsil eden pay sahipleri ya da temsilcileri katılmamış ise ikinci toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin, temsil ettikleri sermaye miktarı ne olursa olsun genel kurulda görüşmelere başlanılabilir ve karar alınabilir. Ayrıca emredici nitelikte olmayan m. 418/1'in ifadesinden de anlaşıldığı üzere, ortaklık esas sözleşmesi ile sermayenin dörtte birinden daha ağır nisap tespit edilebilir.

Esasen mevcut TTK m. 372'den farklı olmayan bu hüküm ile iki duruma açıklık getirilmiştir. Bunlardan birincisi ve en önemlisi nisabın toplantı süresince de korunması gerektiği ifadesidir. Böylece doktrinde tartışmalı olan bir duruma yasal çözüm

²⁰ 6762 sayılı TTK m. 369/1'de olağan genel kurul toplantısında bulunması gereken gündem maddeleri açıkça ifade edilmiştir.

²¹ İsmail KAYAR, *Sermaye Piyasası Mevzuatı ve Etik Kurallar*, 1. Basım, İstanbul:İfa Yayınları, 2002, s. 202.; Ayşe SUMER, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, 1. Basım, İstanbul: İsmail Akgün Vakfı 1991, s. 28. Özge AYAN, *Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklennesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları*, 1. Basım, İzmir: Güncel Yayınevi, 2004, s.132.

²² Bkz. Yeni TTK m. 151, 173, 189, 473/3, 529/1 vb.

getirilmiş olmaktadır. İkincisi ise, kanunda ya da esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülme hallerde sermayenin en az dörtte biri ile toplanabiliyor olmasıdır. Kanaatimizce, “ağır nisap” ifadesi ile vurgulanan toplantı nisapları esas sözleşme ile ağırlaştırılabilir fakat hafifletilemez²³.

bb) Ağırlaştırılmış Toplantı Nisapları

Esas sözleşme değişikliklerinde adi nisap yerine ağırlaştırılmış toplantı nisapları geçerlidir. Ayrıca esas sözleşmede yapılacak değişikliğin niteliğine göre birbirinden farklı ağırlaştırılmış nisaplar söz konusudur. Bu durum 6102 sayılı TTK'nın 421 inci maddesinde düzenlenmiştir²⁴. Mevcut TTK m. 388'i karşılayan bu hükümde önemli değişiklikler söz konusu olmakla birlikte esas sözleşme değişikliğinde oybirliğinin arandığı haller değişmemiştir.

Ağırlaştırılmış toplantı nisaplarını düzenleyen yeni TTK m. 421/2'ye göre, bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük²⁵ ve ikincil yükümlülük²⁶ koyan kararlar ile şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar için tüm pay sahiplerinin oybirliği gerekir. Anılan hüküm mevcut TTK m. 388/1 hükmü ile paraleldir ve bu hükümde de ifade edildiği gibi şirketin tabiyetini değiştirmeye ve pay sahiplerinin taahhütlerini artırmaya ilişkin kararlar için oybirliği şartı aranır. Yürürlükteki TTK'dan farklı olarak burada ikincil yükümlülükler açıkça madde hükmüne ilave edilmiştir. Halihazırdaki TTK'da olduğu gibi 6102 sayılı TTK'da da oybirliği şartı hem ilk toplantı da hem de ikinci toplantıda aranır.

Yeni TTK m. 421/3 halihazırda yürürlükteki TTK m. 388/2 ile paralel olmakla birlikte hükümde önemli değişiklik söz konusudur²⁷. M. 421/3 uyarınca, şirketin iş-

²³ Mevcut anılan hükmü karşılayan m. 372'de “ağır nisap” ifadesi yer almamaktadır. Ancak, tespit edilen toplantı nisabının sermayenin 1/4'ünden daha az bir sermaye ile toplanması doktrinca kabul edilmemektedir. Başka bir deyişle, kanun ile öngörülen toplantı nisapları sözleşme ile ağırlaştırılabilir, fakat hafifletilemez. Bkz. İmregün, s. 133.; Hayri DOMANİÇ, TTK Şerhi II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması. 1. Basım. İstanbul: Temel Yayınları, 1988, s. 833.

²⁴ Tasarının bu hükmünün eleştirisi için bkz. Erdoğan MOROĞLU, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük Ve Uygulama kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı), 4. Basım, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006, s. 215-216.

²⁵ Buradaki yükümlülük ile kastedilen yeni TTK m. 376/2'deki durumdur. Anılan hüküm uyarınca, “son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhal toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer.” İşte genel kurulda şirket sermayesinin tamamlanmasına karar verilebilmesi için tüm pay sahiplerinin kararda olumlu oy kullanmaları gerekir. Bir tek pay sahibi dahi olumlu oy kullanmaz ise şirket kendiliğinden sona erecektir.

²⁶ İkincil yükümlülüklerin neler olacağı yeni TTK m. 480/4'de ifade edilmiştir. Buna göre, “...esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü”dür. Bu yükümlülüklerin nitelik ve kapsamı pay senetlerinin yada ilmühaberlerin arkasına yazılabilir.

²⁷ M. 388/2'de ortaklığın konusu veya nev'inin değiştirilmesine ilişkin kararlarda esas sermayenin en az üçte ikisine sahip pay sahiplerinin veya temsilcilerinin ilk toplantıda hazır bulunması gerekir. İlk toplantıda bu nisap sağlanamadığı takdirde ikinci toplantının yapılabilmesi için, esas sermayenin yarısına sahip olan pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunması gerekir.

İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi²⁸, imtiyazlı pay oluşturulması, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararları, ortaklık sermayesinin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin ya da temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır²⁹. Anılan bu hükümde yeni TTK'nın getirdiği bir diğer uygulama ise, genel kurulda sermayenin yüzde yetmiş beşi temsil edilmez ise ikinci toplantıda da aynı nisabın aranyor olmasıdır. Bu durum 421. maddenin dördüncü fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Burada ikinci toplantı ile daha az bir nisabı yeni kanun öngörmemiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacı; hem nama yazılı payların devrinde mevcut TTK'daki sınırsız bağlam anlayışının önüne geçebilmek hem de şirkette mevcut imtiyazlı payların dışında yeni imtiyazlı payların oluşturulmasının yolunu ağırlaştırılmış nisaplara tabi tutarak pay sahiplerinin çoğunluğunun rızasının olmasıdır. Fakat genel kurulda olumlu oy kullanmayan ve şirketteki nitelikli çoğunluğun dışında kalan nama yazılı pay sahiplerine m. 421/6'da özel bir hak tanınmıştır. Buna göre, paylarının devri sınırlandırılmış bulunan nama yazılı pay sahipleri, işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ve/veya yeni imtiyazlı payların ihraç edilmesi yönünde genel kurulda karar alınmış ise payların devrinde herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın şirketten çıkma hakkına sahiptir. Ancak nama yazılı pay sahibi bu hakkını söz konusu genel kurul kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanmasından itibaren altı ay içinde kullanmalıdır. Kanun koyucunun bu düzenleme ile alınan genel kurul kararına bağlı olarak gelişen durum karşısında şirkette kalmak istemeyen nama yazılı pay sahiplerinin paylarının devrini mümkün kılmak istemiştir. Burada dikkat edilmesi gereken iki nokta vardır. Birincisi paylarını devretmek isteyen nama yazılı pay sahipleri genel kurulda mutlaka olumsuz oy kullanmış olmaları ikincisi ise bu hakkın geçici nitelikte bir hak olduğudur. Bağlamın geçici olarak askıya alınması yalnızca esas sözleşme ile getirilen bağlam hükümleri için geçerlidir. Kanuni bağlam hükümlerinin söz konusu olması halinde bu hüküm uygulanmaz³⁰.

Yukarıda sözü edilen haller dışındaki konulara ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde kanunda ya da esas sözleşmede aksine bir düzenleme yok ise esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısına sahip olan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin toplantıda hazır bulunmaları gerekir. İlk toplantıda bu nisap oluşmadığı takdirde ikinci toplantı yapılabilir. İkinci toplantıda şirket sermayesinin en az üçte

²⁸ İşletme konusunun "tamamen" değiştirilmesi ile mevcut faaliyet konusundan başka bir faaliyet konusuna geçilmesi ya da buna benzer bir sonucu doğuracak değişiklikler ifade edilmek istenmiştir. Şirketin mevcut işletme konusunu daraltacak ya da genişletecek derecede önemli değişiklikler bu hükmün kapsamı dışındadır. Ancak şirketin mevcut faaliyet konusunu terk edip ona çok yakın bir başka alanda faaliyet gösterilmesi halinde esas sözleşme değişikliğinde bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı somut olayda mahkeme kararına teoride de doktrine bırakılmıştır. Bkz. m. 421/3 gerekçe.

²⁹ Bu hüküm şirketteki mevcut imtiyazlı paylar için uygulanmayacağı gibi mevcut sınırlamalara tabi yeni nama yazılı pay senedi çıkarılmasına ya da hamiline yazılı payların nama dönüştürülmesinde de uygulanmaz. Bkz. m. 421/3 gerekçe.

³⁰ M. 491'de kanuni bağlam hükümleri yer almaktadır. Buna göre, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir. Ancak şirket bu hakkını kötüye kullanamaz. Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ya da şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir. Bunun dışında miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla devir hallerinde şirketin rızasına gerek yoktur.

birinin temsil edilmesi gerekir (Yeni TTK m. 421/1). Anılan hüküm emredici niteliktedir. Bu nisapları düşüren ya da nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Bir başka ifadeyle, bu nisaplar esas sözleşme ile daha ağırlaştırılabilir, ancak hafifletilemez. Bu hüküm esas itibariyle mevcut TTK m. 388/3 ile 4 üncü fıkralarının tekrarıdır.³¹

Yeni TTK'da kapalı anonim şirketlerde esas sözleşme değişikliklerinde uygulanacak genel kurul toplantı nisaplarında yukarıdaki durum söz konusu iken m. 421/5'de pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlere ilişkin özel bir hüküm ile farklı toplantı nisabı belirlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesini ilişkin esas sözleşme değişiklikleri ile birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin kararlarda, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa, m. 418'de düzenlenen adi toplantı nisabı uygulanacaktır. Bir diğer ifadeyle hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde, maddede yer alan konularda karar alınabilmesi için şirket sermayesinin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin ya da temsilcilerinin toplantıda hazır bulunmaları gerekir. İlk toplantıda bu nisaba ulaşılmadığı takdirde ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta da anılan hükmün tüm halka açık anonim şirketler için değil yalnızca hisse senetleri menkul kıymetler borsalarında işlem gören anonim şirketler için uygulanacak olmasıdır. Yani, hisse senetleri borsada işlem görmeyen halka açık anonim şirketler için öncelikle Sermaye Piyasası Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.³²

Sonuç olarak, 6102 sayılı TTK esas sözleşme değişikliklerine ilişkin genel kurul toplantı nisaplarının mevcut duruma göre daha da ağırlaştırmış ve emredicilik niteliği getirmiştir. Kanaatimizce, bu değişikliklerde gerçek anlamda sermaye çoğunluğunun iradesi aranmıştır. Her ne kadar ağırlaştırılmış toplantı nisapları genel kurulun toplanmasını ve karar almasını güçleştirmekte ise de toplantı nisaplarının indirilmesi de şirketin geleceği için önemli sonuçlar doğuracak nitelikteki kararlarda şirket sermayesinin küçük bir oranını temsil eden azınlık bir grubun şirket yönetimine hakim olmasına neden olmaktadır. M. 421'de yer alan kararların ortaklık için önemli sonuçlar doğuracak nitelikte olduğu dikkate alınarak toplantı nisaplarının ağırlaştırılması şirket yönetiminde gerçek sermayedarların söz sahibi olması sonucunu doğuracağından yerinde bir uygulama olacaktır.

³¹ TTK m. 388/3'de de ifade edildiği "şirket sermayesinin en az yarısına malik olan pay sahiplerinin ya da temsilcilerin toplantıda hazır bulunmaları gerekir. İlk toplantıda bu nisap oluşmadığı durumda ikinci toplantı yapılabilir. İkinci toplantıda görüşmelere başlayabilmek için şirket sermayesinin en az üçte birine sahip olan pay sahiplerinin ya da temsilcilerinin hazır bulunmaları gerekir. M. 388/4'e göre de, "... umumi heyetin kararları mevcut reylerin ekseriyetiyle verilir."

³² Anılan hükmün eleştirisi için bkz. MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, s. 216.; Çağlar MANAVGAT, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II, S. 1, Y. 2005. ss. 550-551.; Yazar, TTK m. 421/5 hükmü, sermaye artırımını, birleşme, bölünme gibi ortaklığın geleceği ve ortakların hakları bakımından son derece önemli kararların, ortaklığın mali yapısı üzerinde hiçbir etki yapmayacak sıradan bir ana sözleşme değişikliğine göre daha hafif toplantı ve karar yetersayılarıyla alınabilmesine dikkat çekmektedir.

b) Karar Nisabı

6102 sayılı TTK'da karar nisabı adi toplantı nisabını düzenleyen m. 418/2'de yer almaktadır. Buna göre, "kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir." Oyların çoğunluğu ile kastedilen, kararın oluşmasında kullanılan olumlu oylardır. M. 418/2 halihazırda yürürlükte olan TTK'nın 378 inci maddesinin birinci fıkrasının tekerrürüdür. Oyların çoğunluğu kuralının yürürlükteki TTK'da tek istisnası m. 388/1'deki oybirliği halidir. Esas sözleşme değişikliklerini düzenleyen m. 388/2-3'deki hallerde karar nisabı m. 388/4'de "... mevcut reylerin ekseriyetiyle verilir" ifadesiyle açıkça belirtilmiştir. Bir başka deyişle, mevcut TTK'da hem adi hem de ağırlaştırılmış toplantı nisapları için geçerli olan karar nisabı ayrı ayrı açıkça düzenlenmiştir. Yeni TTK'da m. 421 ile bu durumun dışına çıkmıştır. Esasen 421 inci maddenin kenar başlığı "Esas sözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisapları" şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadeden de yola çıkarak diyebiliriz ki, m. 421'de hem toplantı hem de karar nisapları öngörülmüştür. Fakat m. 421'de mevcut TTK m. 388/4'de olduğu gibi karar nisabını açıklayan bağımsız bir hüküm bulunmamaktadır. Kısaca, yeni TTK'da m. 418'de adi toplantı nisabı ile karar nisabı ayrı ayrı belirtilmiş iken esas sözleşme değişikliklerini düzenleyen m. 421'de toplantı ve karar nisapları ayrı ayrı düzenlenmemiştir³³. Bu durum 421 inci maddenin gerekçesinde şöyle dile getirilmiştir: "Nisaplar "kararlar" bağlamında ifade edilmiştir. Ancak hükümlerden de anlaşılacağı üzere, öngörülen kararların alınabilmeleri en az o oranda toplantı nisabının varlığı ile mümkündür." şeklinde dile getirilmiştir. Anılan maddenin 1 inci fıkrasında, toplantı nisabı sermayenin üçte biri olarak kabul edilmiş bu nisabın da elde edilememesi halinde nisabı azaltıcı bir düzenlemeye yer vermemiştir. Aynı maddenin 2 inci ve 3 üncü fıkralarında ise tam anlamıyla "sabit toplantı nisabı sistemi" kabul edilmiştir.

c) Esas Sözleşme Değişikliklerinde Toplantı Ve Karar Nisaplarının Yürürlüğü

Esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin toplantı ve karar nisaplarında bir geçiş süreci söz konusudur. 6102 sayılı TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 26 uyarınca, bir anonim şirketin esas sözleşmesinde genel kurulun toplantı ve karar nisaplarına ilişkin olarak yürürlükteki 6762 sayılı TTK'nın ilgili hükümleri uygulanacağını belirten bir düzenleme olması halinde, bu şirketler yeni TTK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde esas sözleşmelerini yeni TTK'ya uygun hale getirmelidirler. Bu süre içinde herhangi bir değişiklik yapılmaz ise altı aylık sürenin sonunda yeni TTK'nın yukarıda açıkladığımız toplantı ve karar nisaplarına ilişkin hükümleri doğrudan uygulanır. Söz konusu altı aylık süre içinde ise 6762 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca bir anonim şirket esas sözleşmesi değil de herhangi bir sözleşmede, tahhütnamede, temliknamede ya da başka bir belgede 6762 sayılı Kanunun 388 inci maddesine açıkça yapılan ya da anılan maddenin içeriğine yapılan atıflar yeni TTK m. 421'e yapılmış kabul edilir.

³³ Bu durum öğretilerde Moroğlu tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, toplantı ve karar nisaplarının ayrı fıkralarda düzenlenmemiş olmasının hukuk güvenliği açısından sakıncalı olduğu gibi m. 421'deki düzenlemenin m. 418'den farklı olmasının da çelişki içermektedir. Bkz. MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, s. 216.

Bir anonim şirketin esas sözleşmesinde esas sözleşme değişikliklerine ilişkin olarak 6762 sayılı Kanununun 388 inci maddesinden daha ağır toplantı ve karar nisapları öngörölmüş ve öngörölen bu nisaplarda 6702 sayılı TTK m. 421/1'den daha ağır nisaplar olması halinde esas sözleşme değişikliğine gerek yoktur öngörölen nisapların uygulanmasına devam olunur. Ancak ağırlaştırılmış nisaplara ilişkin esas sözleşmede veya herhangi bir sözleşmede ve hukuki metinde öngörölen özel düzenlemeler 6102 sayılı TTK m. 421'de belirtilen nisaplardan daha hafif ise bu halde doğrudan doğruya m. 421 hükümleri uygulanır.

3. Çağrısız Genel Kurul

Çağrısız genel kurul mevcut TTK m. 370'de düzenlenmiştir. Aynı anlayış yeni TTK'da m. 416' da yer almaktadır. Anılan hüküm mevcut TTK'daki hükümden farklı olmamakla birlikte halihazırda uygulamada çıkan sorunların önüne geçen ve mevcut düzenlemedeki eksikliği gideren nitelikte açık bir düzenleme getirilmiştir. Şöyle ki, "... çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler. Çağrısız toplanan genel kurulda, gündeme oybirliği ile madde eklenebilir; aksine esas sözleşme hükmü geçersizdir." Bu hüküm ile çağrısız genel kurulda toplantı yetersayısı toplantı süresince korunması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Tek bir pay sahibinin dahi toplantıyı terk etmesi genel kurulun karar alabilmesini engeller. Ayrıca çağrısız genel kurulun da gündem ile toplanacağı ve gündeme yeni bir madde eklenmesinin ancak oybirliği ile olacağı düzenlenerek uygulamada tartışmalı olan bir konu netlik kazanmıştır. Buna aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir³⁴.

4. Elektronik Ortamda (On-line) Genel Kurul

Yeni TTK m. 407'ye göre, "pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar. Kanuni istisnalar saklıdır." Bu hüküm mevcut TTK m. 360/1 hükmünün karşılığıdır. Her iki düzenleme ile kastedilen genel kurulda oy kullanmak isteyen pay sahibi ya da temsilcisi genel kurulda fiziken bulunmak zorundadır. Yeni TTK m. 1527 on-line genel kurulları düzenlemiş ve fiziki katılıma bir istisna getirmiştir. Bir başka deyişle, genel kurul toplantısında bulunmayan pay sahibinin ya da temsilcisinin teknolojik imkanlardan yararlanarak uzaktan erişim sistemi ile genel kurulda oy kullanmasını mümkün kılmıştır. Hemen belirtelim ki, m. 1527'nin varlığı genel kurulların fiziki olarak toplanmayacağı anlamına gelmemektedir. Her halükarda fiziken genel kurul toplantısı yapılacaktır³⁵. Ancak genel kurul toplantısında fiziken bulunmak istemeyen

³⁴ Toplantının çağrısız yapılmasına ilişkin itiraz toplantı başında gündeme geçilinceye kadar yapılmalıdır daha sonra yapılamaz. Fakat daha sonra yapılan itiraz genel kurulun karar alma ehliyetini ortadan kaldırmaz. Bkz. m. 416'ya ilişkin gerekçe.

³⁵ Esasen pay sahiplerinin elektronik ortamda genel kurul toplantılarına katılması veya elektronik genel kurulların yapılması iki halde mümkündür. Bunlardan birincisi "sanal genel kurul toplantıları"dır. Bu halde şirketler isterlerse genel kurul toplantılarını herhangi bir fiziki katılıma gerek olmaksızın tamamen internet aracılığıyla sanal bir ortamda gerçekleştirebileceklerdir. Bu tür genel kurullarda fiziki genel kurul toplantısı yapılmamaktadır. İkincisi ise, mevcut düzenlemeye uygun olarak pay sahiplerinin belli bir yerde toplanarak hazır buldukları, fiziken yapılan genel kurul toplantılarına aynı zamanda internet üzerinden de katılımın mümkün olduğu genel kurullardır. Bu tür genel kurul toplantıları "on-line katılımı" *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

pay sahibi m. 1527'deki düzenlemeler ışığında elektronik ortamda genel kurul toplantısına katılıp oy kullanabilecektir.

Yeni TTK m. 1527 ile genel kurulların on-line yapılmasına izin vermekte ancak tüm şirketler için bunu zorunlu tutmamaktadır. M. 1527/2'ye göre, kolektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerde, şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülerek on-line ortaklar kuruluna ve genel kurula katılma, öneride bulunma ve oy verme, fiziki katılımın, öneride bulunmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Kısaca yeni TTK bu düzenleme ile anonim şirketler dışındaki diğer şahıs şirketleri, limited şirketler ve paylı şirketlerde de ortaklar kurulu ya da genel kurul toplantılarının on-line yapılmasını mümkün kılmakla birlikte anonim şirketlere yönelik on-line genel kurulu aynı maddede ayrı bir fıkrada m. 1527/5'de ele almıştır³⁶. Buna göre, anonim şirketlerde genel kurula elektronik ortamda katılmanın yanında, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme olanaklarını da sağlamaktadır. Tıpkı diğer şirketlerde olduğu gibi anonim şirketlerde de sanal ortamda yapılan bu eylemler fiziki ortamda genel kurula katılma, öneride bulunma ve oy vermeyle aynı hukuki sonuçları doğuracaktır. Anonim şirketlerde on-line genel kurulun esasları tüzük ile belirlenecektir. Tüzükte, genel kurula elektronik ortamda katılmaya ve oy vermeye ilişkin esas sözleşme hükmünün örneği yer alır. Anonim şirketler tüzükten aynen aktarılacak olan bu hükümde değişiklik yapamazlar. Anılan tüzüğün yürürlüğe girmesi ile birlikte genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde zorunlu olacaktır. Bir başka ifadeyle tüm anonim şirketlerde genel kurullar elektronik ortamda yapılmak zorunda olmadığı gibi tüm halka açık anonim ortaklıklarda da zorunlu değildir sadece pay senetleri borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklarda zorunlu olacaktır³⁷. Oylarını on-line genel kurulda kullanmak isteyen pay sahipleri ya da temsilcileri m. 1528 uyarınca, elektronik posta adreslerini şirkete bildirmelidirler.

Sonuç olarak, yeni TTK'daki bu düzenlemeler ile şahıs ve anonim şirketler dışındaki sermaye şirketleri esas sözleşmelerinin izin vermesi ve yasanın aradığı diğer koşulları sağlamaları halinde genel kurullarını on-line olarak yapabileceklerdir. Ancak diğer sermaye şirketlerinden farklı olarak anonim şirketlerin on-line genel kurullara yönelik esas sözleşmelerine koyacakları hükümler ve diğer düzenlemeler bir tüzük ile belirlenecektir. Bir başka deyişle anonim şirketlerde on-line genel kurullarının uygulanması bir başka hukuk kaynağı ile ayrıca ve açıkça düzenlenecektir.

genel kurul toplantıları” olarak adlandırılmaktadır. Yeni TTK'nın Kabul ettiği sistem bu sistemdir. Detaylı bilgi için bkz. Seniha DAL, “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan “Güç Boşluğu” Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar (Güç Boşluğu)”, Maltepe Üniversitesi 10. Yıl Armağanı, 2008, s.167 vd.

³⁶ Anılan şirketlerin genel kurullarında elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullanmalarının kimliklerinin saklanması şarttır (bkz. m. 1527/3).

³⁷ Bu zorunluluğun altında yatan amaç, pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıkların genel kurullarında oluşan “güç boşluğu”nu gidermektir. Detaylı bilgi için bkz. DAL, **Güç Boşluğu**, s. 175 vd.

B) GENEL KURUL TOPLANTISININ ERTELENMESİ

Genel kurul toplantısı, finansal tabloların görüşülmesi ve buna bağlı diğer konular ileri sürülerek bir karar alınmasına gerek olmaksızın yalnızca toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya ertelenebilir. Bu durum yürürlükteki TTK m. 377’de yeni TTK m. 420’de düzenlenmiştir. M. 420/1 uyarınca, toplantı başkanının erteleme kararı alabilmesi için kapalı anonim şirketlerde sermayenin onda birine halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birine sahip pay sahiplerinin talebi gereklidir. Erteleme kararı pay sahiplerine ilanla bildirilir ve şirketin internet sitesinde yayımlanır. Bu hüküm ile mevcut TTK m. 377’deki ilkeler aynen korunmakla birlikte m. 420/2 ile bir yenilik getiriliyor. Buna göre, azınlığın talebi ile bir kez ertelenen genel kurul toplantısının tekrar geri bırakılmasının istenebilmesi için finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları hakkında, ilgililer tarafından, dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması şarttır. Bu hüküm mevcut TTK’den farklı olarak genel kurul toplantısının tekrar ertelenebilmesi için gerekli kriteri düzenleyerek yeni bir erteleme yapılınsının şartını açıklığa kavuşturmuştur.

III-GENEL KURULDA TEMSİL

Yeni TTK’nın genel kurula ilişkin getirdiği en önemli yeniliklerden biri de pay sahibinin genel kurulda temsiline ilişkin düzenlemelerdir. Bu alanda klasik Borçlar Kanunundaki temsilci anlayışı terk edilerek şirketler hukukuna özgü temsilci anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayışa göre genel kurulda pay sahibini kimlerin temsil edeceği, genel kurula temsil yolu ile katılma ve oyun temsilci aracılığıyla kullanılması özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerdeki amaç: temsilcinin yetkilerinin sınırlarının çizilerek temsil yoluyla pay sahibinin menfaatlerinin korunması ve kurumsal temsilcilik uygulamasıyla şirketlerde oluşan güç boşluğunun önlenmesidir³⁸.

6102 sayılı TTK pay sahibinin genel kurulda temsiline ilişkin düzenlemeleri iki temel sisteme dayandırmaktadır. Bunlardan birincisi bireysel temsil ikincisi ise kurumsal temsildir. Yeni TTK’da kimlerin temsilci olabileceği, temsilcinin temsil yetkisinin sınırları, bireysel ve kurumsal temsile ilişkin hükümler m. 425 vd. da düzenlenmiştir.

A- Bireysel Temsil

6102 sayılı TTK m. 425 yürürlükteki TTK m. 360/2 ile paraleldir. Anılan hükümlerde genel kurula pay sahibi bizzat kendisi katılıp oy kullanabileceği gibi, şirkette pay sahibi olan ya da olmayan bir başka kişiyi de genel kurulda oy kullanması için yetkilendirebilir. M. 425’in düzenlemesindeki yenilik “temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir.” ifadesidir. Bu ifade ile kanun koyucu oy hakkının kullanılmasının sınırlandırılmasının önüne geçmek istemiştir. Zira yeni TTK sisteminde genel kurula katılma hakkı vazgeçilmez nitelikte kişisel bir haktır. Bu hak başkasına devredilemez, yalnızca temsilci aracılığıyla kullanılabilir. Genel kurula temsilci ile katılma talep hakkı niteliğinde olmayıp paya bağlı temel bir haktır³⁹. Ayrıca Kanunda aksine bir düzenleme yok ise pay sahibi kendisini temsil etmesi için bir-

³⁸ Detaylı bilgi için bkz. m. 428’in gerekçesi.

³⁹ Detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 208 vd. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

den fazla kişiyi yetkilendirebilir⁴⁰. Bu durum tek pay sahipli anonim şirketler içinde geçerlidir⁴¹.

1- Genel kurulda oy kullanmaya yetkili olanlar

Yeni TTK m. 426'da kimlerin şirkete karşı genel kurulda oy kullanmaya yetkili olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme kural olarak 6762 sayılı TTK m. 360/3'deki anlayışı hem nama yazılı pay senetlerinde hem de hamiline yazılı pay senetlerinde devam ettirmektedir. Esasen genel kurulda oy kullanmaya yetkili olan pay sahibi bu yetkisini şirkete karşı da ispat etmelidir^{42, 43}. M. 426/1 uyarınca, "senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmühaberlerden doğan pay sahipliği hakları, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibi veya pay sahibince, yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi tarafından kullanılır." Bu düzenleme ile mevcut TTK'daki nama yazılı pay sahipliğinin genel kurulda temsiline ilişkin herhangi bir sistem değişikliği söz konusu değildir. Kapalı anonim ortaklıklarda durum bu iken kanun koyucu pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar için mevcut TTK'da karşılığı olmayan yeni bir düzenleme getirmiştir. M. 496'da yer alan bu düzenlemeye göre, nama yazılı pay senetlerinin borsada satılmaları halinde, Merkezi Kayıt Kuruluşu, satılan payları şirkete bildirir. Bildirim ile şirket nama yazılı pay senetlerini kimin aldığını bilmese dahi pay defterinde kayıtlı kişinin artık mezkur hisse senetlerinin ve haklarının sahibi olmadığını öğrenecektir. Böylece pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde pay defterinin güncel olması ve gerçek pay sahiplerini göstermesi sağlanmış olacaktır. Fakat nama yazılı payların borsa dışında satılmaları halinde, paydan kaynaklanan haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer. Devralan, şirket tarafından tanınmaya kadar, paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamaz. Şirket tarafından henüz tanınmamış bulunan devralanlar, hakların geçmesinden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılır. Ancak bu paylar genel kurulda temsil edilemez. Bu düzenlemeler ile yeni TTK

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. m. 425'in gerekçesi.; Esasen her pay bağımsız bir hak içerdiğinden paysahibi de her pay için ayrıca temsilci tayin yoluna gidebilmelidir. 6762 sayılı TTK'da bu esası benimsemekle birlikte genel kurul toplantılarının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik" m. 21/9 sebebiyle halihazırda gerçek kişi olan pay sahipleri ancak bir kişi ile, tüzel kişi pay sahipleri ise birden fazla kişi ile temsil edilmektedirler. Bkz. Mustafa ÇEKER, **Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı ve Kullanılması**. 1. Basım. Ankara: BTHAE, 2000, s. 269.

⁴¹ TEKİNALP, **Tek Kişilik Ortaklık**, s. 177.

⁴² Pay defteri nama yazılı pay sahipliğinin ispatında bir araçtır. Zira pay defterindeki kayıtlar kayıtlı kişi lehine karine teşkil eder. Pay defterinin bulunmaması halinde pay sahipliği başka deliller ile de ispat edilebilir. Bkz. Şafak NARBAY, **Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**. 1. Basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 210.

⁴³ Genel kurulda oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlandırmaları etkisiz bırakmak amacıyla, payların ya da pay senetlerinin devri ya da pay senetlerinin başkasına verilmesi geçersizdir. Ayrıca genel kurula bu gibi yetkisiz katılmalara izin vermek istemeyen her paysahibi, toplantı başkanlığına itirazda bulunabilir, itirazını ve yönetim kuruluna da itiraz ettiğini toplantı tutanağına geçirtebilir. Bkz. 6102 sayılı TTK m. 433.

nama yazılı pay senetlerinde hakların geçişini bu senetlerin borsada ve borsa dışında iktisap edilmelerine göre farklı sonuçlara bağlamıştır⁴⁴.

M. 426/2 uyarınca, genel kurula katılıp oy kullanmak isteyen hamiline yazılı pay senedinin zilyedi bulunduğunu ispat eden kimse, şirkete karşı oy hakkını kullanmaya yetkilidir. Yürürlükteki TTK m. 360/3'deki düzenlemeden farklı olarak hamiline yazılı pay senedi sahiplerine zilyedi oldukları senetlerin teslimi için herhangi bir süre şartı öngörmemektedir⁴⁵. Böylece yeni düzenleme ile hamiline yazılı hisse senedi sahiplerinin genel kurula katılabilmeleri için senetlerin bir hafta önceden ilgili kuruma tevdi edilmesi öngören şart kaldırılarak Avrupa Birliği Hukuku ile uyum sağlanmıştır⁴⁶. Ayrıca hamiline yazılı pay senedini, rehin gibi sınırlı bir hakka dayanarak elinde bulunduranlar ya da saklama sözleşmesi, kullanım ödöncü sözleşmesi vb. sözleşmeler sebebiyle elinde bulunduranlar, genel kurulda oy kullanabilmesi için pay sahibi tarafından özel bir yazılı belge ile yetkilendirilmiş olması gerekir (m. 427/2). Söz konusu yazılı belge için Kanun herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Yazılı belgede belirtilen talimatlara temsilci uymalıdır. Temsilcinin talimatlara aykırı davranması halinde oy yine geçerli kabul edilir. Yani, talimata aykırılık oyu geçersiz kılmaz.

2- Pay sahibinin talimatı

6762 sayılı TTK'da pay sahibinin temsilci aracılığıyla oy kullanılmasına ilişkin yukarıda anılan düzenlemeler, pay sahibinin ortaklık yönetimine etkin olarak katılmasını ve gerçek iradesini yansıtmaya yönelik olmadığı ifade edilmektedir. Şöyle ki, yürürlükteki TTK'da pay sahibinin emir ve isteklerine uyulup uyulmadığı, iradesinin tam olarak yansıtılıp yansıtılmadığı konusu ele alınmamıştır. Bir diğer deyişle, bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme 6762 sayılı TTK'da bulunmamaktadır⁴⁷. İşte 6102 sayılı TTK m. 427/1 uygulamadaki bu boşluğu doldurmaktadır. Anılan hüküm uyarınca, katılma haklarını temsilci olarak kullanan kişi, temsil edilenin talimatına uyar. Ancak temsilcinin pay sahibinin talimatına aykırı olarak oy kullanması kullanılan oyu geçersiz kılmaz. Fakat temsil edilenin temsilciye karşı hakları saklıdır. Bu hüküm hem bireysel hem de kitlesel temsile uygulanan ortak bir hükümdür. Anılan hüküm ile pay sahibinin temsilcisine talimat verme hakkı ve talimata aykırılık hali açıkça düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK ile getirilen bu düzenleme pay sahibinin temsili alanında bir yenilik içermektedir.

⁴⁴ Detaylı bilgi için bkz. m. 497'nin gerekçesi.

⁴⁵ Genel kurula katılıp oy kullanmak isteyen hamiline yazılı pay sahibi, zilyedi olduğu hisse senetlerini ya da bunu ispat eden belgeleri toplantı gününden bir hafta önce ortaklığa ya da kurumsal bir temsilciye tevdi etmek zorundadır. Detaylı bilgi için bkz. ÇEKİR, s. 277 vd.; Zafer SAKA, *Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul*, 1. Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 146 vd.

⁴⁶ TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 162.

⁴⁷ Bkz. Ünal TEKİNALP, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları*. 1. Basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1978, s. 62. Yazara göre, TTK'nın bu konuda emredici nitelikte bir düzenleme içermemesi bu durumu taraflara bıraktığı anlamına gelmektedir. Bir diğer deyişle, pay sahibi, isterse kendisini temsil eden kişiye, genel kurul toplantısının her gündem maddesi için ayrı ayrı talimat verebileceği gibi hiçbir talimat vermeden de temsil yetkisi verebilir. Ancak, pay sahibinin genel kurulun her gündem maddesi için ayrı ayrı talimat vermesi anlayışı uygulamada yerleşmediği için bu yol hiç kullanılmadığından pay sahibinin gerçek iradesi genel kurula yansıtılmamaktadır.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

B- Kurumsal Temsil

6102 sayılı TTK'nın temsile ilişkin getirdiği yeni bir sistemdir. Anılan Kanunun 428 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Genel olarak kurumsal temsil ile kastedilen genel kurulda pay sahibinin bir organ tarafından temsil edilmesi ya da vekalet toplayanlarca (proxy) temsil veya banka ve aracı kurumlarca temsilidir. Bu tür temsilde, pay sahipleri adına genel kurula katılacak kişiler, birden çok pay sahibini temsil etmek üzere yetki belgesi toplar ve kendilerine yetki veren pay sahipleri arasında birliktelik sağlayarak, genel kurul kararlarında ve ortaklık yönetiminde etkili olmak ve çok pay sahipli şirketlerde oluşacak güç boşluğunun giderilmesi amaçlanmaktadır⁴⁸.

1- Organın Temsilcisi

6102 sayılı TTK m. 428'de düzenlenmiştir. Buna göre, "şirket, kendisiyle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişiyi genel kurul toplantısında kendileri adına oy kullanıp ilgili diğer işlemleri yapması için yetkili temsilcileri olarak atamaları amacıyla pay sahiplerine tavsiye edecekse, bununla birlikte şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız bir diğer kişiyi de aynı görev için önermeye ve bu iki kişiyi esas sözleşme hükmüne göre ilan edip şirketin internet sitesine koymaya mecburdur." Anılan hüküm hem organın temsilcisini hem de bağımsız temsilciyi düzenlemektedir. Organın temsilcisi ile kastedilen şirket yönetim kurulu organının⁴⁹ pay sahiplerine genel kurulda kendileri adına oy kullanması için tavsiye ettiği şirketle bağlantısı bulunan kişidir. Amaç genel kurulda kendisini destekleyecek ve önerileri doğrultusunda oy kullanacak pay sahiplerini bir kendilerine bağlı bir temsilci etrafında toplamaktır. Organın temsilcisi yayınlacağı bildirmede⁵⁰ hangi yönde oy kullanacağını ve temsil belgesinin içeriğini açıklar. Organın temsilcisi şirket yönetiminin önerileri doğrultusunda oy kullanır. Bu nedenle bu temsilcisinin tarafsız olması mümkün değildir. Temsilci bu durumu da bildirmede ve temsil belgesinde açıkça dile getirmelidir⁵¹.

2- Bağımsız Temsilci

Bağımsız temsilci de organ temsilcisi gibi şirket yönetim kurulu tarafından atanır. Ancak organ temsilcisinden farklı olarak şirket yönetiminden tamamen bağımsız ve tarafsız bir temsilcidir. Bir diğer ifadeyle organ temsilcisinin alternatifidir. Zira bağımsız temsilci atanabilmesi için mutlaka organ temsilcisinin atanmış olması gerekir. Şirket yönetimi tarafından organ temsilcisi atanmamış ise bağımsız temsilcinin atanmasına da gerek yoktur. Bağımsız temsilci de organ temsilcisi gibi bildirge ve temsil belgesi yayınlamakla yükümlüdür.

⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz. ÇEKER, s. 277 vd.; SAKA, s. 146 vd.

⁴⁹ Organın temsilcisinin mutlaka şirket yönetim kurulu organının temsilcisi olmak zorunda değildir. Şirketin başka bir organının temsilcisi de olabilir. Bu halde dahi yönetim kurulu kendisinden tamamen bağımsız bir kişiyi bağımsız temsilci olarak önermek zorundadır. Bkz. m. 428 gerekçe.

⁵⁰ 6102 sayılı TTK m. 430 uyarınca, organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci, temsil belgelerinin içeriğini ve oylarını hangi yönde kullanacaklarını, radyo, televizyon, gazete veya diğer araçlarla ve gerekçeleriyle birlikte açıklarlar.

⁵¹ TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 181.

3- Kurumsal Temsilci

Kurumsal temsilci de tıpkı organ temsilcisi ve bağımsız temsilci gibi genel kuruldan önce bir bildirge yayınlamak zorundadır. Kurumsal temsilci tıpkı seçim bildirgesi gibi, seçilmesi halinde pay sahiplerini ilgilendiren konularda (kar payı) önerilerini ilan eder ve pay sahiplerinden bildirge bağlamında kendilerine vekalet vermelerini ister⁵². Kurumsal temsilcinin organ temsilcisi ve bağımsız temsilciden farkı bir pay sahipliği girişimi olmasıdır. Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci gibi yönetim organı tarafından belirlenmez yalnızca pay sahipleri tarafından belirlenir. Kurumsal temsilci aracılığıyla pay sahipleri yönetim karşısına bir güç olarak çıkmak ve yönetimde söz sahibi olmak isterler. Bu tür temsilcilik bir meslek olarak ve ivaz karşılığında yapılamaz. Yani bu işle uğraşan şirketler kurulamaz⁵³.

C- Tevdi Eden Temsilcisi

6102 sayılı TTK m. 429'da düzenlenmiştir. Bu hüküm ile Türk hukukunda tevdi eden temsilcisi ilk kez yasal olarak düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca tevdi eden temsilcisi⁵⁴, kendisine tevdi edilmiş bulunan pay ve pay senetlerinden doğan genel kurula katılma ve oy kullanma yetkisine tevdi eden⁵⁵ adına sahip ise, her genel kuruldan önce tevdi edenden hangi doğrultuda oy kullanması konusunda talimat almak zorundadır. Tevdi eden temsilcisi uygun zamanda bu talimatı talep etmiş ancak talimat alamamış ise bu halde tevdi edenin genel talimatına uygun oyunu kullanmak zorundadır. Eğer genel bir talimat da yok ise şirket yönetim kurulunun önerileri doğrultusunda oy kullanmalıdır⁵⁶. Tevdi eden temsilcisinin talimat alma zorunluluğu kanundan kaynaklanmaktadır. Tevdi eden temsilcisi ile tevdi eden arasındaki sözleşmede talimata ilişkin açıklık bulunmasa, hatta aksine düzenleme olsa dahi temsilci pay sahibinden talimat almak zorundadır⁵⁷.

⁵² Kurumsal temsilci bu yarı ile çağrı yolu ile vekalet toplanması (proxy)'ndan farklıdır. Zira çağrı yoluyla vekalet toplayan kişi vekaleti bir bildirge çerçevesinde talep etmemektedir.

⁵³ 6102 sayılı TTK kurumsal temsilci kavramına mehz İsviçre Hukuku'ndan farklı bir anlam yüklemiştir. 1991 değişikliği ile yasal düzenlemeye kavuşan İsviçre Hukuku'nda özellikle halka açık anonim ortaklıklarda geniş ölçüde uygulama alanı bulan kurumsal temsil, üç ayrı şekilde kendisini gösterir. İlk olarak şirket yönetim kurulu veya yönetim kurulunun uygun gördüğü bir kişinin kurumsal temsilci olarak tayini, ikinci olarak şirket yönetimini ele geçirmek isteyen pay sahiplerinin vekalet toplaması (proxy sistemi) ve son olarak da, banka veya aracı kurumların saklama hizmeti sundukları hisse senetlerinden doğan oy haklarını kullanmak üzere pay sahiplerinden temsil yetkisi almalarıdır. Detaylı bilgi için bkz. ÇEKER, s. 277 vd.; SAKA, s. 146 vd.

⁵⁴ "Tevdi eden temsilcisi" terimi ile kastedilen, kendisine pay ya da pay senedi tevdi edilmiş ve bir sözleşme hükmüyle oy hakkını tevdi eden adına kullanmak üzere yetkilendirilmiş kişidir. Bkz. TEKİNALP, "Tek Kişilik Ortaklık" s. 180.

⁵⁵ "Tevdi eden" terimi ile kastedilen, yapımı kayden ya da pay senedini fiziken bir kişiye bırakan ve kendisine genel kurulda temsil etmesini isteyen kişidir. Bkz. TEKİNALP, "Tek Kişilik Ortaklık" s. 180.

⁵⁶ Talimatın bulunmaması halinde tevdi eden temsilcinin, şirket yönetim kurulunun önerileri doğrultusunda oyunu kullanacak olması Moroğlu tarafından sakıncalı bulunmuştur. Yazara göre, hükümdeki bu ifade yönetim kurulunun kendi önerilerinin lehine oy kullanılmasını sağlayacak şekilde manipülasyonlara sebep olabilir. Bkz. MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, s. 222.

⁵⁷ Tevdi eden temsilcisi hukukunun önemli sorunu, temsilcisinin genel kurula girme, öneride bulunma, söz alıp konuşma ve oy kullanma hakkı ve diğer katılma haklarının tümünü tevdi talimatlarına uygun *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Pay senetleri, saklanmak için bankalara, saklama kuruluşlarına, aracı kurumlara hatta avukatlara tevdi olunabileceği gibi yönetilmek üzere portföy danışmanlarına da tevdi olunabilir. M. 429'da tevdi edilenin kimler olacağını açıkça düzenlenmemiştir. Bu konunun Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelik ile düzenleneceğini belirtilmiştir. Söz konusu yönetmelik tevdi eden temsilcisinin tabi oldukları usulleri ve temsil belgesinin içeriğini de düzenleyecektir.

IV- GENEL KURULDA OY HAKKI

Genel kurula katılma ve oy hakkı şirket yönetiminin kontrolünde en etkili araçlardan biridir. Pay sahipleri, genel kurullarda oy kullanarak karar alınmasında etkili olurlar ve dolaylı olarak şirket yönetiminde söz sahibi olurlar. 6762 sayılı TTK m. 385/2'ye göre, genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı vazgeçilmez nitelikte bir haktır. Bu hakkın kullanımını engelleyen veya güçleştiren esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Mevcut TTK oy hakkını paya bağlı ve emredici nitelikte öngörmüş, oy kullanma hakkını da mütesep bir hak olarak kabul etmiştir. Ayrıca 6762 sayılı TTK prensip olarak genel kurul toplantılarında oy hakkında imtiyazı sınırlandırmamıştır⁵⁸. TTK, m. 373/1 uyarınca "Her hisse senedi en az bir rey hakkı verir ..." hükmü ile oy hakkını paya bağlamaktadır. Bu sistemde farklı itibari değerli payların da bir oy hakkına haiz olması bir çeşit imtiyaz yaratmaktadır. İşte yeni TTK oy hakkına ilişkin esaslı düzenlemeler getirerek mevcut durumda köklü değişiklikler getirmektedir.

A- Oy Hakkına Yönelik İlkeler

6102 sayılı TTK 6762 sayılı TTK'daki oy hakkını düzenleyen anılan hükümleri değiştirmiş mevcut sistemden tamamen farklı bir sistem getirmektedir. Yeni sistemde her pay sahibine bir oy hakkı vermemektedir. Bu sistemde oy hakkı, pay sayısına göre değil sahip olunan paylarının toplam itibari değerine göre belirlenmektedir. Bu durum m. 434/1'de açıkça ifade edilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, pay sahipleri, oy haklarını genel kurulda, paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanırlar⁵⁹. Temel prensip bu olmakla birlikte söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında şirketin finansal durumunun düzeltilmesi amacıyla ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır⁶⁰. 6762 sayılı TTK'da oy hakkının payın itibari değeri ile orantılı olarak kullanılacağını açıkça dü-

kullanılmasının sağlanıp sağlanamayacağıdır. Kanun koyucuya göre, bu sorunun çözümü "talimat" kuru mudur. Bkz. m. 429 gerekçe.

⁵⁸ Bu sistemde esas sözleşmede hüküm bulunması şartıyla bir grup paya 5, 10, 100 ve hatta 1000 oy verilmesi mümkündür. ÇEKER, s. 75.; İMREGÜN, s. 337.

⁵⁹ 6102 sayılı TTK m. 476/1 bir payın asgari itibari değerini düzenler. 6762 sayılı TTK'nın 399 uncu maddesindeki düzenleme ile paralel olan bu hüküm uyarınca, "Payın itibari değeri en az bir kuruştur. Bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Anılan itibari değer Bakanlar Kurulunca yüz katma kadar artırılabilir."

⁶⁰ 6102 sayılı TTK m. 476/3 finansal durumu zora giren bir şirketin paylarının itibari değeri bir kuruştan fazla olması halinde payların itibari değerlerinin bir kuruşa kadar indirilmesine izin vermektedir. İşte m. 434/3 bu koşulların varlığı halinde, payların indirimden önceki itibari değeri üzerinden tanınan oy hakkının korunmasına da izin vermektedir.

zenleyen bir hükmün yer almaması öğretide farklı değerlendirmelere sebep olmuştur⁶¹. 6102 sayılı TTK oy hakkının kullanılmasını pay sahibi temelinde “toplam itibari değeri” esas almış ve bu alandaki farklı değerlendirmelere son vererek bir yeniliğe imza atmış bulunmaktadır⁶². Bu yenilik ile pay sahibi, sahip olduğu paylar kadar oy hakkına haiz olmayacağı gibi payların çoğunluğuna sahip olması da oyların çoğunluğuna sahip olacağı anlamına gelmemektedir⁶³. Bir başka deyişle, bir sermaye şirketi olan anonim şirkette oy hakkının payın itibari değeri ile orantılı kullanılması kuralı yeni TTK’da ilke olarak açıkça düzenlenmiştir.

6102 sayılı TTK’nın bu alanda getirdiği diğer bir yenilikte “oysuz pay sahibi olmaz” ilkesidir⁶⁴. Bu ilke m. 434/2’de şöyle ifade edilmiştir: “Her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Şu kadar ki, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir.” Bu düzenleme ile sahip olduğu payların sayısı ne olursa olsun her pay sahibinin en az bir oy hakkı vardır. Fakat birden fazla pay sahibi olanlarında sahip olduğu pay sayısı kadar oy hakkı olmayabilir. Yeni TTK ile ilk kez oy hakkının sınırlandırılması esası benimsenmiştir. Buna göre, pay sahibine tanınacak toplam oy hakları esas sözleşme ile sınırlandırılabilir⁶⁵. Buradaki sınırlandırma pay bağlamında değil pay sahibi bağlamındadır⁶⁶.

Yürürlükteki TTK oy hakkını paya bağlamış ve her payı en az bir oy hakkına sahip olmasını zorunlu kılmış iken yeni TTK ise oy hakkının paya bağlı olması kuralını terk ederek pay sahibine bağlamıştır. Yeni Kanunun getirdiği bu anlayış öğretide eleştirilmiştir⁶⁷.

⁶¹ Bkz., Tahir ÇAĞA, “Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse Senetleri”, İktisat ve Maliye Dergisi 1970 C. XVII, S. 1, s. 34.

⁶² Ömer TEOMAN, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı (Oy Hakkı)”, BATİDER, C. 25, S. 3, s.13.

⁶³ Örneğin, payların itibari değeri 1 TL ise bir paysahibinin 75 payı varsa, 75 oy kullanabilir; payların itibari değerleri 1 ve 2 TL ise, 1TL itibari değerli payların 1 oy hakkı, 2 TL itibari değerli payların 2 oy hakkı vardır. Bu düzenleme ile itibari değer farklılığından oyda imtiyazlı pay doğması önlenmiştir. Bkz. TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 211. Bu sistemin eleştirisi için bkz. MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, s. 225-226.

⁶⁴ Bu ilke ile 6102 sayılı TTK “oydan yoksun pay” lara izin vermemektedir. Bu düzenleme ile Kanun kapalı anonim ortaklıkların oydan yoksun pay ihraç etmelerine izin vermemiştir. Oysa Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca, halka açık anonim ortaklıklarda oysuz pay ihracı mümkündür. Kanun bu durumu bir istisna olarak kabul etmiştir. Bkz. m. 434’e ilişkin gerekçe.

⁶⁵ Kanaatimizce, yeni TTK’nın bu düzenlemesi kurumsal yönetim ilkelerine de aykırıdır. Bu ilkeler uyarınca da, oy hakkı paysahibinin vazgeçilmez, esas sözleşme ile kaldırılamaz ve özüne dokunulamaz nitelikte bir haktır. Bu nedenle oy hakkının kullanılmasını zorlaştıran uygulamalara yer verilmemesi gerekir. Pay sahibinin genel kurulda kullanabileceği oy sayısına üst sınır getirilmemelidir.

⁶⁶ Bu düzenleme ile payların çoğunluğuna sahip olan kişi oyların çoğunluğuna sahip olmayabilir. Oy hakkının sınırlandırılması her paysahibi için mümkündür. Bu halde çoğunluğun tamamıyla şirkete hakim olmasına engel olunabilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta sınırlandırmanın eşit işlem ilkesine aykırı olmamasıdır.

⁶⁷ Ömer TEOMAN, *Oy Hakkı*, s. 15-16. Yazara göre, oy hakkını paya değil de paysahibine bağlayan sistem yanlış ve yerinde olmayan bir uygulamadır. Esasen bir sermaye şirketi olan anonim şirketlerde kurucular, başlangıçta şirkete getirdikleri sermaye ile orantılı olarak söz sahibi olmak isteyeceklerdir. Kaldı ki, bu anlayışa sahip olmasalar bile oyda ayrıcalıklı pay modelinin olduğu bir sistemde bu düzenleme YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Oy hakkına ilişkin ilkeleri düzenleyen 434 üncü maddenin son fıkrası birikimli oy sistemine ilişkindir⁶⁸. Birikimli oy sistemi, ülkemiz hukukunda ilk kez 4487 sayılı Kanunla 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 22'ye eklenen (v) bendi ile halka açık anonim ortaklıklarda uygulama alanı bulmuştur. Anılan madde hükmüne göre, halka açık anonim ortaklıklar genel kurullarında yönetim kurulu ve denetçilerin seçilmelerine ilişkin kararlarda her bir üyelik için oy hakkının kısmen ya da tamamen bir veya birkaç üyenin seçiminde birikimli olarak kullanılabilmesi yöntemine ilişkin düzenlemeleri yapmakla SPK yetkilendirilmiştir. 6102 sayılı TTK'da halka açık olmayan anonim şirketler için de bu sisteme yer verilmiş ve düzenleme yetkisi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bırakılmıştır.

Oy hakkına ilişkin temel ilkeleri düzenleyen 434 üncü maddenin yürürlük tarihi "Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 28 inci maddesi uyarınca, 6102 sayılı TTK'nın yayımı tarihinden itibaren 18 ay sonradır.

B- Oy Hakkının Doğumu

Oy hakkının doğumunu düzenleyen m. 435 mevcut TTK'da karşılığı olmayan yeni bir hükümdür⁶⁹. Anılan hüküm uyarınca, "oy hakkı, payın, kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesiyle doğar." 6102 sayılı TTK ile getirilen bu yeni düzenleme ile m. 344/1 uyarınca pay sahibi, sahip olduğu payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşini ödemesi koşulu ile oy hakkına sahip olacaktır. Meğer ki, esas sözleşmede daha yüksek bir oran belirtilmiş olmasın. Zira m. 435'de yer alan düzenleme ödenmesi gereken en az miktarı belirtmektedir. Eğer şirket esas sözleşmesinde pay bedelinin tamamı ya da daha yüksek bir ödeme miktarı belirtilmemiş ise oy hakkının doğumu için yasanın aradığı pay bedelinin yüzde yirmi beşinin ödenmiş olması yeterlidir. Söz konusu hüküm ile mevzuatımızdaki bir boşluk giderilmiş bulunmaktadır.

Oy hakkının doğumunu düzenleyen 435 inci maddenin yürürlük tarihi "Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 28 inci maddesi uyarınca, 6102 sayılı TTK'nın yayımı tarihinden itibaren 18 ay sonradır.

lemeye gerek yoktur. Ayrıca, m. 479/2'de "Bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilir" ifadesi ile ayrıcalıkların ancak paya tanınabileceği kuralı ile sınırlandırmanın pay temelinde yapılmasını kabul etmesi de bir çelişki yaratmaktadır.

⁶⁸ Anonim şirketler hukukunu birikimli oy sistemi (cumulative voting) ile tanıstran Amerikan hukukudur. Bu sistemde pahasibi, sahip olduğu sermaye oranına göre kendisine düşen sayıda oyu yönetim kuruluna seçilecek üyelerinin her biri için oy vermek yerine yönetim kuruluna seçilecek üye sayısı kadar oyunu bir kişiye verebilmektedir. Birikimli oy kullanma sistemi niteliği gereği genel kurulun alacağı bütün kararlarda değil, sadece yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin seçiminde kullanılabilmekte ise de 6102 sayılı TTK anonim şirketlerde iç denetim organını kaldırdığından kanaatimizce bu sistem yalnızca yönetim kurulu üyelerinin seçiminde kullanılacaktır.

⁶⁹ Yürürlükteki TTK uyarınca, oy hakkının kazanılması, pay bedelinin ödenmiş olması şartına bağlanmamıştır. Türk hukukunda bu konuyla ilgili olarak olumlu ya da olumsuz herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. 6762 sayılı TTK m. 373'ün her payın sahibine en az bir oy hakkı verdiği şeklindeki emredici ifadesi karşısında pay bedelinin ödenip ödenmemesine bakılmaksızın, her pay en az bir oy hakkına sahiptir. Bkz. Üner DAĞ, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması*, Beta Basım Yayım, İstanbul 1996, s. 21.; ÇEKER, s. 43-44.

C- Oydan Yoksunluk

Oydan yoksunluğa ilişkin hüküm yeni TTK m. 436'da düzenlenmiştir⁷⁰. Anılan maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bazı değişikliklerle 6762 sayılı TTK'nın 374 üncü maddesinin yerini almıştır. M. 436/1 uyarınca, "Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hakimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz." Anılan hükümde, yenilik olarak oydan yoksunluğa sebebiyet veren haller genişletilmiştir. Buna göre pay sahibinin, karı veya kocasının ya da veya alt ve üst soyunun ortağı oldukları kişi ortakları yani şahıs şirketleri ile bu şirketlerin hakimiyeti altındaki sermaye şirketleri dahil edilmiştir⁷¹. Ayrıca, mevcut TTK m. 374'den farklı olarak yoksunluğa sebep olan "iş" ve "dava" ifadesinin yanına "işlem"i ifadesini de ekleyerek "dava" kelimesini "herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki dava" olarak nitelendirmiştir.

M. 436/2'deki değişiklik; mevcut TTK'daki m. 374/2'deki "şirket işlerinin görülmesine herhangi bir surette iştirak etmiş olanlar" ifadesini "yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler" şeklindedir. Bu ifade değişikliği, hükmün kapsamını daraltır niteliktedir⁷².

D- Oyda İmtiyazlı Paylar

6102 sayılı TTK m. 478 ve 479'da imtiyazlı paylar düzenlenmiş bulunmaktadır. İmtiyazlı payların tanımını düzenleyen m. 478'de, ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değişikliğinde bazı paylara imtiyaz tanınabileceğini belirterek imtiyazın tanımı yapılmıştır⁷³. M. 479'da ise oyda imtiyaz hakkını bağımsız bir hüküm ile düzenleyerek mevcut TTK düzenlemesinden ayrılmıştır. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek oyda imtiyaz yaratılabilir. Bir diğer ifade ile yeni TTK farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanıyarak imtiyaz

⁷⁰ TTK'daki oydan yoksunluk halleri, Sermaye Piyasası Kanunundan "nitelik" olarak farklıdır. TTK'daki oydan yoksunluk halleri payın niteliği ile ilgili olmayıp, esas itibariyle bazı maddi ya da pahasahibinin şahsına ait sebeplerdir. Oysa Sermaye Piyasası Kanunundaki oydan yoksunluk bizzat payın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bkz. ÇEKER, *Oy Hakkı*, s. 15 vd.; N. Füsün NOMER, *Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar*. 1. Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım. 1994, s. 3-4.

⁷¹ İlgili hükmün gerekçesinde, şahıs ve sermaye şirketleri için anılan Kanunun 124 üncü maddesine gönderme yapılmış ve şirketin "hakimiyet altında" olup olmadığı ile ilgili olarak m. 195 in kıyas yolu ile uygulanarak sonuca varılması gerektiği ifade edilmektedir.

⁷² Bkz. TEOMAN, "Oy Hakkı", s. 21. Yazara göre, bu hükümler her ne kadar istisnai hükümler olsa da ve her ne kadar bu hükümlerin yorumlanmasında "cimri" davranmak gerekse de m. 374/2'deki ifade daha doğru bir ifadedir.

⁷³ Anılan hüküm uyarınca "İmtiyaz: kar payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır." M. 478'in gerekçesinde ifade edildiği gibi imtiyaz, esas sözleşme ile kişiye değil paya tanınan üstün bir haktr. Mevcut TTK'da imtiyazı düzenleyen m. 401'den farkı olarak yeni TTK imtiyazlı payların adı paylara nazaran daha üstün olduğunu yani daha fazla pay sahipliği hakları sağladığını açıkça ifade etmiş ve imtiyazın sadece malvarlığı haklarına ilişkin tanınabileceğini bunun tek istisnasının oyda imtiyaz olduğunu belirtmiştir.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

yaratılamayacağını açıkça belirtmiştir⁷⁴. Bu düzenlemeye aykırı esas sözleşmeler 6102 sayılı Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde anılan Kanuna uygun hale getirilmelidir. Verilen süre içinde esas sözleşme değişikliklerinin yapılması halinde oyda imtiyazı düzenleyen esas sözleşme hükümleri sürenin sonunda kendiliğinden geçersiz hale gelir ve esas sözleşmede bulunan oya ilişkin imtiyazlar kanunen sona erer⁷⁵.

M. 479/2'de "bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabilir" hükmü imtiyazlı paylara tanınan oy hakkı sınırlandırılmıştır. Amaç imtiyazlı paylara genel kurulda sermayeyle orantısız bir şekilde oy gücü elde edilmesinin önüne geçerek oyda imtiyazlı pay sahiplerinin diğer pay sahiplerine karşı haklarını kötüye kullanmalarının önüne geçmek istenmiştir⁷⁶. Söz konusu hükmün emredici nitelikte olmadığından haklı bir sebebin varlığında ya da kurumsallaşmanın gerektirdiği hallerde sınırlandırmanın uygulanmayacağına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verecektir. Anılan maddenin yürürlük tarihi ve yaptırımı birinci fıkraya ile aynıdır.

Oyda imtiyazın uygulanmayacağı haller m. 479/3'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre esas sözleşme değişikliği, işlem denetçilerinin seçimi ve ibra ve sorumluluk davası açılması hallerinde oyda imtiyazın kullanılmasını Kanun açıkça yasaklamıştır. Anılan hükmün gerekçesinde ifade edildiği gibi, amaç; çağdaş ve kurumsal yönetim ilkelerine uygun, akılcı bir yönetim anlayışıdır. Fakat oyda imtiyaza ilişkin bu düzenlemenin iyi bir kurumsal yönetim anlayışının temelinde "bir pay bir oy" ilkesinin kabul edildiği yabancı ülke uygulamalarının gerisinde olduğunu söyleyebiliriz. m. 479/3'ün hükmün yürürlük tarihi anılan Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıldır.

VI- PAY SAHİPLİĞİ HAKLARI

6102 sayılı TTK kurumsal yönetim anlayışı ışığında anonim şirkette azlık ve pay sahipliği haklarını güçlendiren birçok düzenlemeler ihdas etmiştir. Bu düzenlemeler 6762 sayılı TTK'nun pay sahibinin mali, idari ve denetime ilişkin mevcut haklarını genişleterek koruduğu gibi pay sahibine yönelik yeni haklarda düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemelerin tamamı bağımsız bir çalışma konusu olacağından biz bu çalışmada yalnızca genel kurulda kullanılan "bilgi alma ve inceleme hakkı" ile birlikte "özel denetim isteme hakkı"na yer vereceğiz.

⁷⁴ Bu yasağın özellikle m. 479/2'nin uygulanmasında meydana gelecek güçlüklerin önüne geçmek amacıyla düzenlendiği gerekçede ifade edilmiştir. Bu hükmün ve gerekçenin eleştirisi için bkz. Teoman, "Oy Hakkı", s. 21-24.

⁷⁵ Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 28.

⁷⁶ Uygulamada imtiyazların en çok görüldüğü alan, yönetime katılmadır. Amaç, pay sahiplerinin ekonomik gelecekleri ile ilgili kararları kontrol edebilmek ve bu kararların alınmasında etkin olabilmektir. Yürürlükteki TTK düzenlemesinde oyda imtiyazda herhangi bir sınırın bulunmaması neticesinde sermayede azınlıkta kalan ortaklar pay senetlerine oyda imtiyaz tanıyarak şirket yönetiminde kalmaya devam etmektedirler. Bu halde ortağın sahip olduğu oylar dengesiini bozmaktadır. Bu yönüyle de oyda imtiyazlı paylar şirket içi yabancılaşmaya sebep olmaktadır. Bkz. Sami KARAHAN, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1991, s. 85.

A- Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Paysahiplerinin genel kurula etkin bir şekilde katılma ve oy kullanabilmesi için oy kullanmaya yönelik tüm bilgilere sahip olması gerekir. Bilgi, tam ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtacak şekilde zamanında, yeterli ve özenli bir şekilde verilmelidir. Aksi halde pay sahibi bilgileri zamanında ve doğru bir şekilde elde edemeyeceğinden oyunu doğru olarak kullanamayacaktır. Buradan bakıldığında bilgi alma ve inceleme hakkı, oy hakkının temelini oluşturmaktadır. Anılan pay sahipliği hakkı 6762 sayılı TTK m. 362’de “malumat alma”, m. 363’de ise “ticari defterler sır saklama mükellefiyeti ve ceza” kenar başlıkları ile düzenlenmiş iken 6102 sayılı TTK’da m. 437’de “bilgi alma ve inceleme hakkı” kenar başlığı ile tek bir madde de düzenlenmiştir. Yeni düzenleme, pay sahibinin bilgi ve inceleme hakkını etkin bir şekilde kullanılmasını amaçlayan bir düzenlemedir.

M. 437/1, olağan genel kurul öncesi bazı belgelere (finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu vb.) ilişkin inceleme hakkını düzenler. Bu hak pay sahiplerinin aydınlanma amacını güden pasif nitelikte bilgi alma hakkıdır.

Pay sahibinin bilgi alma hakkı beraberinde yönetim kurulu ve denetçilerin de bilgi verme yükümlülüğünü getirir. Bu durum m. 437/2’de ifade edilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, pay sahibi genel kurulda yönetim kurulundan şirketin işleri ile ilgili denetçilerden ise yapılan denetim ile ilgili olarak bilgi isteyebilir. Verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmalıdır. Söz konusu hükümde yer alan bu ifade ile ilk kez pay sahiplerine verilecek bilginin niteliği açıklanmış bulunmaktadır. Buna göre bilgi vermekle yükümlü olanlar, özensiz ve gerçek dışı bilgi veremeyecekleri gibi hesap verme bilinciyle dürüstlük ilkelerine uygun hareket etmelidirler. Bilgi verme yükümlülüğü 6102 sayılı TTK m. 200 ışığında şirketin bağlı şirketlerini de kapsar⁷⁷.

Bilgi vermenin ve inceleme hakkının sınırı m. 437/3’de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, “bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir. Buna göre, bilgi vermek ancak iki halde haklı olarak reddedilebilir. Bunlar da şirket sırlarının açıklanması ve şirket menfaatlerinin korunmasıdır⁷⁸. Ayrıca pay sahiplerinden herhangi birine genel kurul dışında şirketle

⁷⁷ Bağlı şirketler bakımından bilgi alma hakkı sınırlandırılmıştır. Buna göre pay sahipleri, bağlı şirketlerin işleri, yatırımları, politikaları vb. alanlara ilişkin sorular sorarak bilgi alamazlar. Onlar yalnızca bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığı durumlarıyla birlikte karı ve zararına ilişkin bilgi sahibi olabilirler. Ancak, bağlı şirket yorumu yer bırakmayacak kesinlikle haklı bir sebebin bulunması halinde bilgi vermeyi reddedebilir. İstenen bilginin hükmün amacı dışında, mesela bir haberde, davada vb. kullanılacak olması, rakibe veya yabancılara verilme tehlikesi taşınması, haklı bir sebeptir. Bkz. m. 199 ve 200’e ilişkin gerekçe.

⁷⁸ 6102 sayılı TTK bu hükümde anılan “şirket sırrı” ve “şirket menfaatlerinin korunması” kavramlarını tanımlamamıştır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi bunun nedeni, dar ya da geniş bir tanımlama ile uygulamayı sınırlandırmamaya özen gösterilmesidir. Ancak şirket sırrı kavramı ile kastedilen, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği “bilgi” ölçüsü kabul edilebilir. Bu nedenle de rakiplerin ulaşabileceği ve çeşitli kaynaklardan elde edebileceği bilgiler asla şirket sırrı olarak kabul edilemez. Şirket menfaatlerinin korunması kavramı ile kastedilen ise, yalnızca şirketin malvarlığı zararı değildir. Bundan başka şirket işletmesinin, *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

ilgili bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilmelidir. Böyle bir durumda yönetim kurulu şirket sırrı ya da şirket menfaatlerinin korumasını ileri sürerek bilgi vermeyi reddedemez⁷⁹.

Bilgi alma hakkı, gerektiğinde şirketin ticari defterleri ile yazışmalarının incelenmesini de kapsar. M. 437/4 uyarınca, şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni ya da yönetim kurulunun bu konuya ilişkin kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir. Bu düzenleme ile ilk kez genel kurul dışında da inceleme hakkı tanınmış olmaktadır⁸⁰. İncelemenin konusu kural olarak şirketin defterleri ve yazışmalarıdır. 6102 sayılı TTK inceleme hakkını bir soru bağlamında tanımıştır. Bu nedenle inceleme, şirket defter ve yazışmaların, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımları ile sınırlı olacaktır.

Bilgiye ilişkin bu niteliklere kısmen ya da tamamen aykırılık halinde pay sahibi, ortaklık yöneticilerine karşı sorumluluk davası açabilecektir. M. 437/5'e göre, bilgi alma ya da inceleme talepleri cevapsız kalan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu hüküm ışığında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde diğer hallerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Bu hüküm ile pay sahiplerine tanınan dava hakkı güçlendirilmiştir. Zira pay sahipleri, bilgi alma ve inceleme talepleri açıkça red edildiği halde değil, taleplerinin cevapsız bırakılması veya cevabın ertelenmesi halinde de mahkemeye başvurabilir. Yukarıda ifade edilen bilgi alma ve inceleme hakkı esas sözleşme ya da şirket organlarının kararı ile asla kaldırılmaz (m. 437/6).

Sonuç olarak, 6102 sayılı TTK'daki düzenlemeler ile genel kurulda bilgi alma hakkı yeniden düzenlenerek bu hakkın bazı hallerde genel kurul dışında da kullanılmasına ilk kez izin verilmiştir. Hakkın sınırları kesin olarak çizilerek bilgi alma hakkına işlerlik kazandırılmıştır. Ayrıca m. 1524 uyarınca, bilgi alma hakkına yönelik olarak, hakların kullanımını etkileyebilecek her türlü bilgi güncel olarak elektronik ortamda pay sahiplerinin kullanımına sunulacaktır.

B- Özel denetim isteme Hakkı

6762 sayılı TTK m. 348'de düzenlenen özel denetçi 6102 sayılı TTK'da özel denetim isteme hakkı olarak m. 438'de düzenlenmiştir. Yürürlükteki TTK m. 348/1 uyarınca,

bağlı şirketlerinin, müşteri çevresinin, dağıtım kanallarının ve ilişkilerinin zarar görmesi ya da zarar görme tehlikesinin varlığıdır.

⁷⁹ Bu düzenleme ile pay sahipleri arasında denge sağlamak ve eşit işlem ilkesine aykırılığın önüne geçilmek istenmiştir. Bkz. TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 219.

⁸⁰ Burada dikkat edilmesi gereken nokta soru bağlamında inceleme hakkını kullanacak olan pay sahibi, bu hakkını bir uzman ile birlikte değil yalnızca bir uzman aracılığı ile ya da tek başına kullanılabilir olmasıdır. İnceleme hakkının şartı, pay sahibinin genel kurulda soru sormuş olmasıdır. Bu nedenlerle ki, bu hak bir sonraki yapılacak genel kurul için kullanılabilir asla yapılmakta olan genel kurulun ertelenmesine sebep olamayacağı gibi pay sahibine genel kurul devam ederken tek başına veya uzmanla şirkete gidip defter ve yazışmaları inceleme hakkı da vermez. Pay sahibi genel kurulda sormuş olduğu soruya tatmin edici cevap alamamış ve bu durumu tutanağa geçirtmiş ise inceleme iznini, izleyen toplantı için yönetim kurulundan talep edebilir. Bkz. TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 219-220.

özel denetçi talebi, azınlık pay sahiplerini etkili kılmak için tıpkı diğer azlık hakları gibi özel olarak düzenlenmiş bir azlık hakkı⁸¹ iken 6102 sayılı TTK'da ise her pay sahibine tanınmış bir haktır. Bu durum m. 438'de açıkça dile getirilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, "Her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul istemi onaylarsa, şirket veya her pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir." Bu düzenleme ile özel denetçi hakkında önemli değişiklikler getirilmiştir. Her şeyden önce genel kurul gündeminde yer almasa dahi genel kurulda talep edilecek olmasının düzenlenmesi gündeme bağlılık ilkesinin istisnası olduğu yasal olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, özel denetim isteme hakkı şartlara bağlanmıştır. İlk şart, pay sahibinin, özel denetim talebinde bulunabilmesi için pay sahipliği haklarından birisinin kullanılabilmesi için gerekli olmalıdır. Örneğin, yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açabilmek ya da alınan bir genel kurul kararının iptalini isteyebilmek vs. İkinci olarak, pay sahibi daha önce, bilgi alma ve/veya inceleme haklarını kullanmış fakat sonuç alamamış olmalıdır⁸². Pay sahibi genel kuruldan özel denetim talebinde bulunmuş ise, genel kurul ya talebi reddeder ya da kabul eder. Yürürlükteki TTK'dan farklı olarak her iki durumda da özel denetçi mahkeme tarafından atanır. Genel kurulun talebi reddetmesinin önemli bir sonucu vardır. Talebin genel kurul tarafından red edilmesi halinde m. 439 uyarınca, azlık mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilir. Bir diğer ifadeyle, genel kurulun red kararı ortaya azlık hakkını çıkarır. Böylece, genel kurulun red kararıyla talebin etkisiz kalmasının önüne geçilmiştir. Ayrıca, taleple birlikte denetim mekanizması da işlerlik kazanmıştır. Gerçekten bir pay sahibi özel denetim talebinde bulunmuşsa, genel kurulun bu talebi reddetmesi mekanizmayı durdurmadığı gibi, genel kurulun talebi kabul edip istediği kişiyi özel denetçi tayin edip denetimin istediği gibi yapılmasını sağlayamayacaktır. Bu kurumu işlemezlikten kurtaracak önemli bir yeniliktir. Böylece yürürlükteki TTK'daki özel denetçiyi anonim şirkete hakim çoğunluğun seçmesi şeklindeki uygulama kaldırılmış olacaktır⁸³. Sonuç olarak, özel denetim talebi, pay sahipleri demokrasisine uygun olarak yeni bir pay sahipliği ve azlık hakkı olarak yeni esaslara bağlanmıştır.

C- GENEL KURUL KARARLARINA KARŞI AÇILACAK DAVALAR

6762 sayılı TTK'nın sisteminde genel kurul kararlarına karşı açılacak dava m. 381'de düzenlenen iptal davasıdır. Her pay sahibinin genel kurula katılma, oy kullanma ve kanuna, esas sözleşmeye ve objektif iyi niyet kurallarına aykırı genel kurul kararlarına

⁸¹ Bkz. Erdoğan MOROĞLU, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", *Makaleler I*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001, s. 66.

⁸² Bkz. TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 223.

⁸³ 6762 sayılı TTK sisteminde özel denetçi talebi her ne kadar azınlığa çoğunluğun gücünü sınırlandırmak amacıyla tanınmışsa da sonuç açısından bu azlık hakkı etkisiz kalmaktadır. Zira, özel denetçiyi tayin yetkisi genel kuruldadır. Bu durumda da çoğunluğun kendisine yakın bir kişiyi özel denetçi olarak tayin edebilmesi, özel denetçinin tarafsız ve uzman olmasına yönelik herhangi bir düzenleme olmaması, atanmış denetçinin çoğunluğu karşı sorumlu olması ve genel kurul tarafından azledilebilmesi nedenleriyle bu azlık hakkının işlerlik kazanması mümkün değildir.

karşı iptal davası açma hakkı vardır. Mevcut sistemde anılan genel kurul kararlarına karşı başvurabilecek başka bir dava türü bulunmamaktadır. İşte 6102 sayılı TTK, mevcut TTK m. 381'de düzenlenen iptal davaları sistemini korumakla birlikte ayrıca yeni dava türleri düzenlemiştir. Bunlar, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanının tespiti davası, denkleştirme davası, birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi önemli kararlara olumsuz oy veren pay sahibinin ortaklıktan ayrılma hakkı tanıyan dava ve şirketler topluluğunda hukuka aykırılık davalarıdır⁸⁴. Biz çalışmamızın bu bölümünde bu dava türlerinden yalnızca iptal davası ile butlan davasını ele alacağız.

A- İptal Davası

Mevcut TTK m. 381'de düzenlenen iptal davası sistemi yeni TTK'da da korunmuştur. 6102 sayılı TTK m. 445 ve 446'da düzenlenen iptal davası esasen mevcut sistemde önemli bir değişiklik içermez. İptal sebeplerini düzenleyen m. 445 ve iptal davası açabilecek kişileri düzenleyen m. 446 ile kararların iptalini düzenleyen mevcut TTK m. 381 arasındaki tek fark m. 446/1-b'de bulunmaktadır. Söz konusu farklılık; pay sahibinin bazı kanuna aykırılık hallerini ileri sürerek açacağı iptal davasının tabii olduğu şart yani "etki kuralı"dır. Anılan hüküm uyarınca, "Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri," iptal davası açabilirler. Bu düzenleme ile hükümde anılan kanuna aykırılıkların olduğu her genel kurul kararını pay sahipleri iptal edemeyeceklerdir. Pay sahipleri bu hukuka aykırılıkların aynı zamanda kararın alınmasında etkili olduklarını kanıtlamaları gerekecektir. Bir diğer ifadeyle, pay sahipleri tarafından ileri sürülen iptal sebebi, nisap, illiyet bağı ya da başka bir nedenden dolayı kararın alınmasında etkili değil ise, sebep kanuna aykırı olsa bile karar iptal edilemez. Yani iddia edilen kanuna aykırılık olmasaydı bile geçerli karar yine alınabilecek ise o kararın iptali etkili değildir. Yeni düzenlemeye göre de etkili olmayan bir kararın iptalini pay sahipleri dava edemeyeceklerdir. İşte 6102 sayılı TTK'nın mevcut TTK sisteminden fark yarattığı nokta hükümde ifade edilen "etki kuralı"dır⁸⁵.

B- Butlan Davası

6102 sayılı TTK ile ilk kez düzenlenmiştir. Yürürlükteki TTK sisteminde genel kurul kararlarının geçersizliğinin niteliğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum öğretide ve uygulamada geçersizliğin niteliğinin (yokluk, butlan, iptal edilebilirlik)

⁸⁴ Bu davalar dışında şirketin yapısal değişikliğine ilişkin özel iptal davaları ile birlikte çeşitli sorumluluk davaları vardır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, *Tek kişilik Ortaklık*, s. 225 vd.

⁸⁵ Etki kuralı, Yargıtayın yerleşik kararlarına uygun olarak Adalet Komisyonu ile Türkiye Büyük Millet Meclisi genel kurulunda kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bu düzenleme öğretideki bazı tartışmalara son vereceği gibi bazı tartışmaları da beraberinde getireceği şüphesizdir. Etki kuralına ilişkin detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, *Tek Kişilik Ortaklık*, s. 228 vd.

tespitinde karışıklığa sebep olmuştur⁸⁶. Ancak, tartışma kısa sürede sonuca bağlanmış ve iptal edilebilir genel kurul kararları yanında batıl genel kurul kararlarının da varlığı Yargıtayın verdiği kararlar ile öğretide kabul edilmiştir⁸⁷. Fakat Yargıtay kararlarında butlan sebepleri; şekle aykırılık, imkansızlık, ahlaka ve adaba aykırılık vb. gibi Borçlar Kanunu'nda yer alan hallerdir. Oysa, genel kurul kararlarının, tamamen anonim ortaklığa özgü butlan sebepleri de vardır⁸⁸. İşte kanun koyucu yeni TTK m. 447'de genel kurul kararlarının butlanına sebep olan halleri sayarak konuyu özel bir hüküm ile düzenlemiştir.

Anılan hüküm uyarınca, "Genel kurulun, özellikle; Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran ve anonim şirketin temel yapısını bozan ya da sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararlar batıldır." Her ne kadar hükmün ifadesinde sayma yöntemi kullanılmış ise de hükmün başlangıcındaki "özellikle" ifadesi nedeniyle butlan sebeplerinin "numerus clausus" olmadığı çok açıktır. Bundan başka hüküm anonim ortaklığa özgü butlan sebeplerini tespit ederken iki noktayı esas almıştır. Bunlardan birincisi vazgeçilmez haklardır ikincisi ise anonim ortaklığın temel yapısını bozan ya da sermayenin korunması ilkesine aykırı genel kurul kararlarıdır⁸⁹. Sonuç olarak, yeni TTK'da hangi hallerde butlanın söz konusu olacağını açık olarak düzenlenmiş bulunması hukuk güvenliğini sağlar niteliktedir.

SONUÇ

6102 sayılı TTK, modern şirketler hukukunun ihtiyaçlarına cevap vermek ve uluslararası piyasaların kurumlarına ve kurallarına yer vermek amacıyla bazı alanlarda yürürlükteki 6762 sayılı TTK'da köklü değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklerden anonim şirket genel kurulları da nasibini almıştır. Hemen belirtelim ki, yeni TTK, genel kurula ilişkin çok sayıda değişiklik içermesine rağmen genel kurulun temel yapısında herhangi bir değişiklik içermemektedir. Genel kurul kanunen zorunlu organ niteliğini korumaktadır. Ancak, anılan Kanun genel kurulun üst organ özelliğine sahip olduğu yönündeki görüş farklılığına son vererek genel kurul ile yönetim kurulu arasında bir hiyerarşik yapılanma değil görev ayrılığı olduğunu benimsemiştir. Fakat yeni TTK'nın anonim şirketin kanunen zorunlu iki organı arasında yönetim kurulunun konumunu daha etkili hale getirmiştir.

⁸⁶ 6762 sayılı TTK'nın genel kurul kararlarının butlanını özel olarak düzenlememesi bu konuda suskun kalması öğretide genel kurul kararlarına karşı sadece iptal davası mı açılmalı yoksa Borçlar Kanununda yer alan genel hükümlere göre butlan ya da yokluk davası mı açılmalı konusu tartışmalar sebep olmuştur. Erdoğan MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. 4. Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2004, s. 20 vd.; Ünal TEKİNALP, "Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı (Genel Kurul Kararlarının Butlanı)", *BATİDER*, C. 25, S.3, s. 5-6.

⁸⁷ Detaylı bilgi için bkz. M. 447'ye ilişkin gerekçe.

⁸⁸ Bkz. TEKİNALP, *Genel Kurul Kararlarının Butlanı*, s. 6.

⁸⁹ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, *Genel Kurul Kararlarının Butlanı*, s. 13-16.

6102 sayılı TTK organ olarak genel kurulun organ niteliğini korumakla birlikte mevcut TTK'daki genel kurul sistemini iyileştiren, güncel gereksinimlere cevap veren ve hukuki boşlukları dolduran yeni hükümler içermektedir. Özellikle genel kurulun işleyişinde ve genel kurulda temsilde önemli değişiklikler söz konusudur. Genel kurul toplantısının işleyişi ile ilgili ilk kez asgari kriterler iç yönetmelik ile belirlenmektedir. İç yönetmelik genel kurul toplantılarının açılışından kapanışına kadar ne şekilde işleyeceğini düzenler. Genel kurul toplantı başkanlığı ya da başkan bu iç yönetmeliğe göre toplantıyı yönetmek zorundadır. Anonim şirketler hukukunda ilk kez bireysel temsil yanında kurumsal temsil de kabul edilmiştir. Böylelikle, borçlar hukukunun temsil anlayışının yanında modern şirketler hukukuna özgü kurumsal temsil anlayışı ile pay sahiplerinin örgütlenmesine ve topluca temsiline ilişkin ilk yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bundan başka oy hakkına ilişkin düzenlemelerde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi oy hakkının paya değil pay sahibine tanınmış olması ve pay sahibinin oy hakkını sahip olduğu payların itibari değeri ile orantılı olarak kullanacak olmasıdır. Oy hakkının doğumu için yasanın aradığı pay bedelinin yüzde yirmi beşinin ödenmiş olması hükmü getirilerek mevzuatımızdaki bir boşluk giderilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, ilk kez oyda imtiyaz hakkına sınırlandırma getirilmiştir. Halka açık anonim ortaklıklarda uygulanan birikimli oy sisteminin, kapalı anonim şirketlerde de uygulanabilecek olması oy hakkına ilişkin getirilen diğer bir yeniliktir. Ayrıca, genel kurulların elektronik ortamda on-line olarak yapılmasına ve tüm pay sahiplerine elektronik ortamda oy kullanabilmesine olanak sağlayan düzenlemeler getirilmiştir. Böylece pay sahibinin ya da temsilcisinin genel kurul toplantılarına fiziki katılım zorunluluğu kaldırılarak genel kurulda güç boşluğunun önüne geçilmek istenmiştir. 6102 sayılı TTK'daki düzenlemeler ile genel kurulda bilgi alma hakkı yeniden düzenlenerek bu hakkın bazı hallerde genel kurul dışında da kullanılmasına ilk kez izin verilmiştir. Hakkın sınırları kesin olarak çizilerek bilgi alma hakkına işlerlik kazandırılmıştır. Özel denetim isteme talebi, pay sahipleri demokrasisine uygun olarak yeni bir pay sahipliği ve azlık hakkı olarak yeni esaslara bağlanmıştır. Bundan başka genel kurul kararlarının iptali davasının yanında yeni TTK'da ilk kez butlan davası da düzenlenmiştir. Anılan Kanunda hangi hallerde butlanın söz konusu olacağını açık olarak düzenlenmiş bulunması hukuk güvenliğini sağlar niteliktedir.

Sonuç olarak, 6102 sayılı TTK genel kurulun temel yapısında bir değişiklik yapmamakla birlikte, genel kurulun işleyişinde, temsiline, pay sahipliği haklarında ve dava türlerinde önemli değişiklikler içermektedir. Kanaatimizce, bu çalışmanın konusu olan ve yukarıda ana başlıklar halinde ele aldığımız genel kurula özgü düzenlemelerde modern şirketler hukukunun temel ilkeleri (adillik, şeffaflık, sorumluluk, bilgi alma, hesap verilebilirlik vb.) esas alınmıştır.

KAYNAKÇA

ARSLANLI, Halil. "Anonim Şirketlerde Umumi Heyet". İÜHF. C. XXIV. S. 1-4. 1959. ss.204-288.

AYAN, Özge. Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurula Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları. 1. Basım. İzmir: Güncel Yayınevi, 2004, s. 132.

ÇAĞA, Tahir. “Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse Senetleri”, İktisat ve Maliye Dergisi 1970 C. XVII, S. 1, s. 34.

ÇEKER, Mustafa. **Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı ve Kullanılması**. 1. Basım. Ankara: BTHAE, 2000, s. 269.

DAĞ, Üner. **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması**, Beta Basım Yayım, İstanbul 1996, s. 21

DAL, Seniha. **Türk Sermaye Piyasası Hukukuna Göre Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007.

DAL, Seniha. “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan “Güç Boşluğu” Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar (Güç Boşluğu)”, Maltepe Üniversitesi 10. Yıl Armağanı, 2009.

DOMANIÇ, Hayri. **TTK Şerhi II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**. 1. Basım. İstanbul: Temel Yayınları, 1988.

İMREGÜN, Oğuz. **Anonim Ortaklıklar**. 4. Basım. İstanbul: Yasa Yayınları, 1989.

KARAHAN, Sami. **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1991.

KAYAR, İsmail. **Sermaye Piyasası Mevzuatı ve Etik Kurallar**. 1. Basım. İstanbul: İfa Yayınları, 2002.

MANAVGAT, Çağlar. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S. 1, Y. 2005.

MOROĞLU, Erdoğan. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük Ve Uygulama kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı)**, 4. Basım, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006.

MOROĞLU, Erdoğan. “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, **Makaleler I**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001.

MOROĞLU, Erdoğan. **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**. 4. Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2004.

NARBAY, Şafak. **Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**. 1. Basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

NOMER, N. Füsün. **Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar**. 1. Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım. 1994.

SAKA, Zafer. **Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul**. 1. Basım. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

SUMER, Ayşe. **Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi**. 1. Basım. İstanbul: İsmail Akgün Vakfı, 1991.

TEKİNALP, Ünal. **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları**. 1. Basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1978.

TEKİNALP, Ünal. **Tek Kişilik Ortaklık-I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

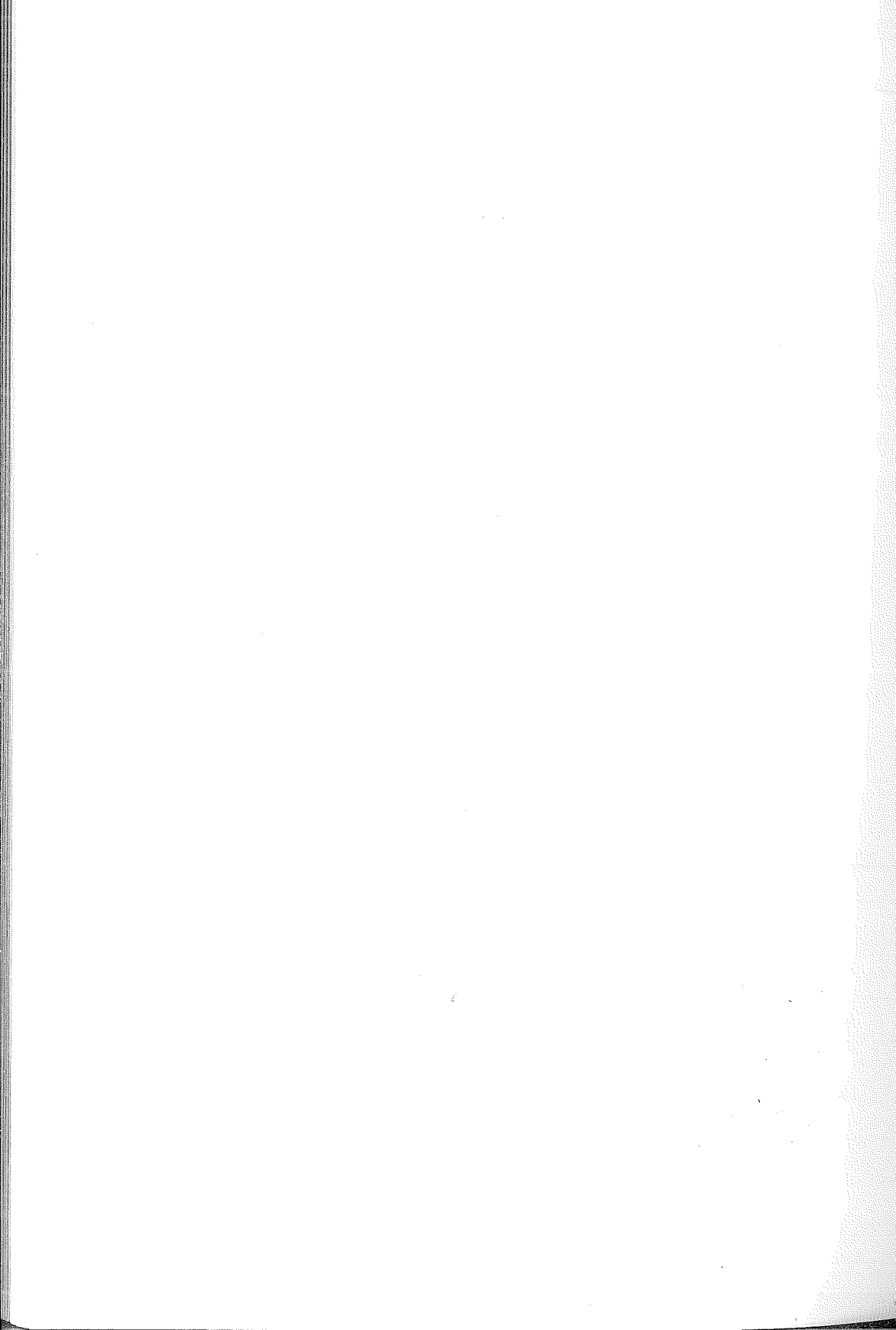
TEKİNALP, Ünal. “Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı (Genel Kurul Kararlarının Butlanı)”, BATİDER, C. 25, S.3.

TEOMAN, Ömer “Yürürlükteki Hukukumuzda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar”, BATİDER, C. 25, S. 4.

TEOMAN, Ömer. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı (Oy Hakkı)”, BATİDER, C. 25, S. 3.

ÜNAL, Oğuz Kürşat. Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı. 1. Basım. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005.

YİĞİT, İlhan Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.



6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNUN LİMİTED ŞİRKETLERE İLİŞKİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

(NEW PROVISIONS INTRODUCED BY THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE REGARDING LIMITED LIABILITY COMPANIES)

Dr. Ferah TÜRKOĞLU UTKU*

ÖZET

Limited şirketler kısmen şahıs şirketi olan kolektif şirketlere, kısmen ise sermaye şirketi olan anonim şirketlere ilişkin özellikleri bünyesinde barındıran karma nitelikli bir şirket türüdür. Limited şirketler özellikle iç ilişkiler bakımından kolektif şirketlere, dış ilişkiler bakımından ise anonim şirketlere benzer özellikler gösterir. Yeni Türk Ticaret Kanunu limited şirketleri şahıs şirketlerine benzer özelliklerinden uzaklaştırmakta ve onu adeta küçük çaplı bir anonim şirket haline getirmektedir. Yeni TTK ile limited şirketlerin özellikle şirket organları, organların oluşumu, toplanma usulleri bakımından anonim şirketlere benzer düzenlemelere tabi tutulduğunu söyleyebiliriz. Yeni Kanun, yakında yürürlükten kalkacak olan mevcut TTK hükümlerinden farklı olarak, limited şirketlere ilişkin çok daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Çalışmamızda yeni Türk Ticaret Kanununun Limited Şirketlere ilişkin düzenlemelerini kuruluş, sermaye, payın devri ve organlar ana başlıkları altında inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Yeni Türk Ticaret Kanunu, limited şirketler, ek ödeme, yan edim, sermaye, payın devri, tek kişilik limited şirket, müdürler, ortaklar genel kurulu.

ABSTRACT

Limited liability companies are the type of commercial companies with composite character, which partly have the legal aspects of general partnership companies and partly have the characteristics of joint stock companies. Limited liability companies are like general partnership companies with regard to internal affairs and joint stock companies with respect to external relations. The new Turkish Commercial Code alters the partnership-alike aspects of limited liability companies and makes these companies practically small scale joint stock companies. I can say that the new provisions about limited companies set regulations similar to ones about corporations, especially regarding to the organs of company, formation of organs and procedures of general meeting. Dissimilar to the current Commercial Code provisions, which are soon to be repealed, the new Code sets very detailed provisions regarding to limited liability companies. In this study, I will analyze the new provisions under the titles 'Formation', 'Capital', 'Transfer of Shares' and 'Organs'.

Keywords: Limited liability companies, commercial companies, new Turkish Commercial Code, Organs, company shares, general meeting.

* Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü, İşletme Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ferahturkoglu@hotmail.com

Giriş

Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği 1957 yılından günümüze kadar geçen süreçte kanunun uygulanmasında ortaya çıkan aksaklıklar, ülkemiz ve dünyada gerçekleşen ekonomik ve sosyal gelişmeler yeni bir Ticaret Kanununa ihtiyaç duyulmasına yol açmıştır. Ülkemizin AB'ye üyelik başvurusunun yapılması, Gümrük Birliği Anlaşmasının imzalanması ve AB'ye tam üye adayı konumuna gelinmesi ile AB müktesebatının Türk Hukukuna aktarılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Bu ihtiyaç karşısında Adalet Bakanlığı 1999 yılında Türk Ticaret Kanunu Tasarısını hazırlamak üzere bir komisyon kurmuştur. Komisyon 2005 yılında Türk Ticaret Kanunu Tasarısını hazırlayarak kamu oyununa sunmuştur. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 13.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve 14.02.2011 tarih ve 27846 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Limited Şirket hem şahıs şirketlerinin hem de sermaye şirketinin özelliklerini bünyesinde barındıran karma nitelikli bir şirkettir. Limited şirketin dış ilişkiler bakımından anonim şirkete iç ilişkiler bakımından ise kolektif şirkete benzeyen yönlerinin olduğu ifade edilmektedir.¹

Limited şirketler, anonim şirketlere göre daha düşük sermaye ile ve daha az sayıda ortak tarafından kurulabilir ve yine sınırlı sorumluluk ilkesini bünyesinde barındırır. Bu nedenle ülkemizde özellikle az sayıdaki kişilerin bir araya gelmesi ile oluşturulan küçük işletmelerin, şirket tipi olarak karşımıza çıkar.

Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu limited şirketleri şahıs şirketleri ile sermaye şirketlerinin tam ortasında düzenlemeye tabi tutmuştur. Şirket kurucuları esas sözleşme ile yapacakları düzenlemeler ile kuracakları limited şirketi şahıs veya sermaye şirketlerine yaklaştırılabilir. Bu durumda TTK sistemine göre limited şirketler kısmen anonim kısmen kolektif şirketlere ait öğeleri bünyesinde barındıran, ortak sayısının 20 den fazla olması durumunda özellikle organların oluşumu ve toplanması bakımından anonim şirketlere yakın özellikler gösteren bir şirket türüdür.

Yeni Türk Ticaret Kanununun limited şirkete ilişkin düzenlemeleri aslında limited şirketi şahıs şirketine benzer niteliklerinden uzaklaştırmakta ve sermaye şirketi olan anonim şirkete yaklaştırmaktadır. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile limited şirketler adeta küçük ölçekli bir anonim şirket haline getirilmektedir.

Bu çalışmamızda Yeni Türk Ticaret Kanununun limited şirketlere ilişkin düzenlemelerini inceleyeceğiz.

1. Limited Şirketin Tanımı ve Konusuna Yönelik Düzenlemeler

1.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Mevcut TTK limited şirketi '*İki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, ortakların mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan şirkete limited şirket denir*' şeklinde tanımlamıştır (TTK m.503).

¹ Eriş Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, İstanbul, 2007, s. 2613.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Kanun limited şirketin konusu bakımından anonim şirketlere ilişkin 271. madde hükmüne atıf yapmıştır. Buna göre limited şirketler kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulabilirler. Kanun limited şirketlerin sigortacılık yapamayacağını da hüküm altına almaktadır.

1.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun yukarıda belirttiğimiz 503. maddesinde limited şirket tanımlanırken YTTK'nın 573. maddesinde ise limited şirket tanımına yer verilmemiştir. Yeni TTK'nın 573. maddesi bir tanımdan çok limited şirketin nitelik ve özelliklerini içermektedir. Buna göre '*Limited şirket bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur, esas sermayesi belirli olup, bu sermaye payların toplamından oluşur*' (YTTK m.573).

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun tanıma ilişkin düzenleme getiren yukarıda belirttiğimiz 503. maddesi limited şirketlerin sigortacılık hariç kanunen yasak olmayan her türlü amaç ve konu için kurulabileceğini hüküm altına almaktadır. Yeni Türk Ticaret Kanunu ise limited şirketlerin kanunen yasak olamayan her türlü ekonomik amaç ve konuda kurulabileceğini belirtmektedir. Limited şirketlerin sigortacılık yapamayacağına ilişkin bir düzenlemeye yeni kanunda yer verilmemiştir. Bunun nedeni 5684 Sayılı Sigortacılık Kanununun 3. maddesi hükmünün Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmasını şart koşan düzenlemesidir. Sigortacılık Kanunundaki düzenleme ile tekrar oluşturmak için YTTK bu yasağa ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir.

2. Kuruluş İlişkin Düzenlemeler

2.1. Kuruluş Anı ile Tüzel Kişilik Kazanma Anının Ayrılması

2.1.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 512. maddesi hükmüne göre limited şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Kanun şirketin tüzel kişilik kazanması ile kurulacağını kabul etmiştir. Kanunda şirketin tescil anına kadar geçen süre içindeki hukuki statüsüne ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte doktrinde kurucular tarafından şirket sözleşmesinin imzalanması ile birlikte taraflar arasında adi şirket ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir².

2.1.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Öngörülen Düzenleme

YTTK, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunundan farklı olarak limited şirketin kuruluş anı ile tüzel kişilik kazanma anını birbirinden ayırmıştır. Limited şirket, şirket sözleşmesi ile kurucuların şirket kurma konusundaki iradelerini açıklayıp sermayenin tamamını taahhüt etmeleri ve nakit kısmını hemen ve tamamen ödemeleriyle kurulur (YTTK m.585)³. Ayrıca YTTK'nın 585. maddesi, kanunun 588. maddesinin birinci fıkrası hükmünün saklı olduğunu da hüküm altına almıştır.

² Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (Geniletilmiş 11. Basım), İstanbul 2009, s. 911.

³ YTTK hem anonim şirketler hem de limited şirketler bakımından önsirket kuruluşuna ilişkin düzenlemeler içermektedir. Kanunun 335. maddesinin gerekçesinde ön anonim şirketin tüzel kişiliğe sahip ano-
YUHFĐ Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFĐ Vol. IX No. 1 (2012)

YTTK'nın 588. maddesi hükmü ise limited şirketlerin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağını hüküm altına almaktadır. Bu durumda 585. maddenin 588. maddeye yaptığı atfı limited şirketler için de ön limited şirket yapılanmasının mevcut olacağını belirtmektedir.

Ön limited şirketin kurulabilmesi için:

-Esas sözleşmenin hazırlanması, kurucular tarafından imzalanması ve imzaların noter tarafından onaylanması şarttır.

-Sermayenin nakit kısmının ödenmesi gerekir.

YTTK m.585 hükmüne göre şirket kuruluşunun tamamlanabilmesi için sermayenin tamamının taahhüt edilmesi ve nakit kısmının hemen ve tamamen ödenmesi gerekir. Sermayenin nakit kısmının nereye ödenmesi gerektiği konusunda kanunun limited şirketlere ilişkin kısmında özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda anonim şirketlerde sermayenin nakit kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme getiren 345. madde hükmünün limited şirketlerde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁴. Buna göre nakdi ödemeler 5411 Sayılı Bankacılık Kanununa bağlı bir bankada kurulmakta olan şirket adına açılacak özel bir hesaba sadece şirketin kullanabileceği şekilde yatırılır. Taahhüt edilen nakdi sermayenin tamamının ödendiği Ticaret Siciline yönelik bir banka mektubu ile ispatlanır. Bankaya yatırılan bu tutar, şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra şirketin tüzel kişilik kazandığını belirten Ticaret Sicil Müdürlüğünün yazısının sunulması durumunda sadece şirkete ödenir. Şirket esas sözleşmenin notere onaylatıldığı tarihten itibaren üç ay içinde tüzel kişilik kazanmaz ise yine Ticaret Sicil Müdürlüğünün bu hususu doğrulayan yazısı üzerine ödenen bedel sahiplerine geri verilir.

-Aynı Sermaye ve Haklar İçin İlgili Sicillere Şerh Verilmesi Gerekir.

Şirketin kuruluşunun tamamlanabilmesi için yukarıda belirttiğimiz gibi nakdi sermayenin tamamının bir defada ödenmesi gerekir. Şirket aynı sermaye konulması sözkonusu ise bu durumda YTTK'nın 128. maddesi hükmü devreye girecektir. Buna göre şirket sözleşmesinde bilirkişiler tarafından belirlenen değerleri ile yer alan taşınmazlar tapuya şerh verilir. Fikri mülkiyet haklarının diğer değerlerin aynı sermaye olarak konulması durumunda ise bunlara ilişkin sicilede bu hususun şerh verilmesi gerekir. 128. maddesinin gerekçesinde şerhin üçüncü kişilerin iyiniyetinin kaldırılması amacıyla öngörüldüğü, sermayenin korunması açısından önemli bir etki yaratacağı belirtilmiştir.

Taşınır mallar şirkete aynı sermaye olarak konulmuş ise bunların güveilir bir kişiye tevdi edilmesi gerekir.

2.2 Tek Kişilik Limited Şirket Kuruluşuna İmkan Verilmiştir

2.2.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre limited şirketler en az iki gerçek ve tüzel kişi tarafından kurulabilir (TTK m.503).

nim şirketten farklı olduğu, ön anonim şirketin bir adi şirket veya dernek olmayıp bir elbirliği mülkiyeti oluşturduğu, ön şirketin kurucularının tacir sıfatını taşımayacakları, şirketin tescili ile birlikte ön şirketin tasfiyesiz olarak sona ereceğini belirtmektedir. Gerçekçe ön anonim şirketin niteliği hukuki durumu nun öğreti ve mahkeme kararları ile açıklığa kavuşacağını ifade etmektedir.

⁴ Yıldız Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, 2007, s. 96.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Limited şirket kurmak isteyen bir girişimci en az bir ortak bulmak zorundadır. Bu durum sırf kanuni zorunluluğu karşılamak için şirket işlerinden çoğu zaman haberdar olamayan kişilerin şirkete ortak alınmasına yol açmaktadır.

İki ortaklı olarak kurulan limited şirkette ortaklardan birinin ölmesi ve diğer ortağın ölen ortağın mirasçısı olması, bütün payların bir ortağa devredilmesi, limited şirketin bir ortağın payı dışındaki diğer payları iktisap etmesi gibi nedenlerle kuruluştan sonra ortak sayısı bire inebilir.⁵

TTK sisteminde yine kuruluştan sonra ortak sayısının bire inmesi şirketin feshi sonucunu doğurabilecek bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

TTK m.504 hükmüne göre '*Ortakların sayısı sonradan bire iner veya şirketin zaruri organlarından biri mevcut olmazsa münasip bir müddet içinde bu eksiklikler tamamlanmadığı takdirde ortaklardan birinin veya şirket alacaklısının talebi üzerine mahkeme şirketin feshine karar verir.*'

Limited şirketin kuruluşundan sonra ortak sayısının bire inmesi fesih sebebi olarak düzenlenmiştir (TTK m.504/2). Ortak sayısı bire inerse şirket hemen kendiliğinden infisah etmiş olmaz. Ortak sayısının bire inmesinden sonra kalan ortak uygun bir süre içinde başka bir ortak temin edemediği takdirde tek kalan ortağın veya bir şirket alacaklısının talebi üzerine mahkeme şirketin feshine karar verecektir.⁶

Ayrıca iki kişilik limited şirketlerde ortaklardan birinin sonradan şirketten çıkmak istemesi şirketin feshi sonucunu doğurmaktadır. Yargıtay 11 HD iki ortaklı limited şirkette ortaklardan birinin çıkması veya çıkarılmasının şirketin feshi davası ikame edilmesi sonucunu doğuracağını, böyle bir ortaklıkta ortaklardan birinin çıkmasına izin verilmesi davası açamayacağı ancak ortaklığın feshini dava edebileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.⁷

2.2.2-Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Yeni Türk Ticaret Kanunu ile limited şirketler hukukunda getirilen en önemli yenilik tek kişilik limited şirket kuruluşuna olanak tanınmasıdır. Kanunun 573. maddesine göre limited şirket bir veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından kurulabilir.

Kanunun 573. maddesinin gerekçesinde tek kişilik limited şirketin bugün için bir gereklilik olduğu, bu değişikliğin önemli bir gereksinime cevap verdiği ve AB hukuku ile uyumu sağladığı ve uygulamada görünüşte ortaklar ile kurulan limited şirketten doğan kötüye kullanımlara engel olacağı ve perdeyi kaldırma kuramının uygulanmasına da yardım edeceği belirtilmektedir.

Limited şirketin kuruluşta birden fazla ortak tarafından kurulup daha sonra ortak sayısının bire indirilmesi de mümkün hale gelmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanununun 574. maddesi hükmüne göre kuruluştan sonra şirketin ortak sayısı bire inerse, bu durumun yedi gün içinde şirket müdürleri tarafından tescil ettirilmesi gerekir.

⁵ Çevik Orhan Nuri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 2003, s. 77.

⁶ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 930.

⁷ İki kişilik limited şirkette ortaklardan birinin şirketten çıkması veya çıkarılması o şirketin infisahi sonucunu doğurur. Yani çıkma veya çıkarılma ile ilgili önemli bir neden bulunduğu takdirde diğer ortak tek başına şirketin devamını veya devralmayı değil şirketin feshini istemek zorundadır. Çıkan veya çıkarılan ortağın yerine dışarıdan başka bir ortak alınmasına TTKnunu olanak tanımamıştır. (Y. 11 HD 25.9.1985 E. 1985/3521 K. 1985/4728) aynı doğrultuda Y. 11 HD 20.6.1980 E. 1981/3208 K. 1980/3265

Kuruluştan sonra ortak sayısının bire inmesinin tescil ve ilan ettirilmesi zorunluluğunun amacı, şirketin durumunun üçüncü kişilere tanıtılması, tek kişilik şirket konumunun belirginleştirilmesi, şeffaflık gereği olarak ifade edilmiştir. Tek kişilik limited şirketin bir tür değil limited şirketin bir sınıfı olduğu, limited şirketin tek kişilik şirket haline gelmesinin bir sınıftan diğer bir sınıfa girmek olduğu, bir sınıftan diğer sınıfa girme ve çıkmanın tescil ve ilanla sağlanacağı yoksa limited şirketin tek ortaklı hale gelmesi durumunda tür değişikliğine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifade edilmektedir.⁸

Kuruluştan sonra ortak sayısının bire inmesi halinde bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde bu durum şirket müdürüne yazılı olarak bildirilir. Müdür bildirim tarihinden itibaren yine yedi gün içinde şirketin tek ortaklı limited şirket olduğunu, tek ortağın adını, soyadını vatandaşlığını ve yerleşim yerini tescil ve ilan ettirir. Bildirimin yapılmamasından dolayı müdürlerin sorumludur (YTTK m.574). YTTK'nın bu hükmü eleştirilmekte ve bu durumda müdürlerin sorumlu olacağı kabul edilmesinin doğru olmadığı yumuşatılmış infisah müeyyidesinin uygulanmasının gerektiği belirtilmektedir.⁹ 574. maddenin gerekçesinde kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen ortak alınarak limited şirketin tek kişilik şirket konumundan çıkarılabileceği, bunun içinde tescil ve ilanının gerekli olduğu ifade edilmektedir.

Tek kişilik limited şirket kuruluşuna imkân veren düzenleme birçok bakımından faydalıdır. Böylece girişimciler limited şirket kurmak istediklerinde saman adamlara gerek duymaksızın bunu tek başına gerçekleştirme imkânına sahip olabileceklerdir. Tek kişilik işletmeden sınırlı sorumluluğun olduğu şirket türüne geçmek isteyen kişiler şirketi tek başına kurabileceklerdir. Ayrıca limited şirketin ortak sayısının sonradan bire inmesi mevcut sistemdeki gibi şirketin feshi sonucunu doğurmayacaktır. Tüzel kişiler şirket kurmak istediklerinde başka pay sahibi almaya gerek duymaksızın şirket kuruluşunu gerçekleştirebileceklerdir.

Şirket tek pay sahibi ile kurulmuş ise ticaret siciline şirketin bu niteliği, tek ortağın adı, yerleşim yeri, vatandaşlığını, şirketin ticaret unvanı, adresi tescil ve ilan edilecektir.

Tek kişilik limited şirkette tek pay sahibi olan ortak genel kurulun bütün yetkilerini kullanıp bütün kararları alabilecektir. Ancak verilen bu kararların genel kurul kararı olduğunun belirtilmesi ve kararın yazılı olması şart olacaktır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu şirketin tek ortak olacak şekilde kendi sermaye paylarını iktisap edemeyeceğini hüküm altına almıştır (YTTK m.574).

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununda yer alan ortak sayısının 50'yi aşamayacağı kuralı Yeni Türk Ticaret Kanununda aynen korunmuştur (YTTK m.574). Yeni Türk Ticaret Kanununun bu hükmü eleştirilmekte ortak sayısının 50'yi aşmasının yaptırımının içtihadı bırakılmasının hatalı olduğu ifade edilmektedir.¹⁰

⁸ YTTK m.574 gerekçesi.

⁹ Moroğlu Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2005, s. 184

¹⁰ Moroğlu, s. 257.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

3. Esas Sözleşmeye İlişkin Düzenlemeler

3.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Şirket esas sözleşmesinin zorunlu içeriği kanunun 506. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre şirket esas sözleşmesinde bulunması gerekli olan kayıtlar şirketin ticaret unvanı ve merkezi, işletmenin konusu, esas sermaye ve her ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı, şirketin yapacağı ilanların şekli, şirketin müddetidir.

3.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Yeni Türk Ticaret Kanunu esas sözleşmenin içeriğini mevcut TTK'dan farklı olarak şirket sözleşmesinde bulunması zorunlu olan kayıtlar, şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olan hükümler olmak üzere iki temel maddede düzenleme konusu yapmaktadır.

YTTK'nın 576. maddesi hükmüne göre şirket sözleşmesinin zorunlu içeriğinde şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunduğu yer, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış şekilde şirketin işletme konusu, esas sermayenin itibari tutarı sermaye paylarının sayısı, itibari değerleri, imtiyazlar, esas sermaye paylarının grupları, müdürlerin adları soyadları vatandaşlıkları, şirket tarafından yapılacak ilanların şekli yer almak zorundadır.

YTTK esas sözleşmenin zorunlu içeriğinde mevcut TTK'dan farklı olarak esas sermaye paylarının sayısının ve payların itibari değerlerinin belirtilmesi şartını aramış, imtiyazlı paylar varsa bunlarında esas sözleşmede belirtilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. 576. maddenin gerekçesinde esas sermaye payının sayısının ve itibari değerinin esas sözleşmede belirtilmesi gereğinin payı anonim şirket payına özdeş kılma-đı belirtilmektedir. Bu düzenlemenin limited şirkette bir ortak birden fazla paya sahip olabilir ilkesinin sonucu olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca 576. madde mevcut TTK m. 506'dan farklı olarak işletme konusunun esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış şekilde esas sözleşmede yer alması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Mevcut TTK'dan farklı olarak müdürlerin adları soyadları, unvanları ve vatandaşlıklarının da esas sözleşmenin zorunlu içeriğinde yer alması gerektiği belirtilmiştir.

YTTK'nın esas sözleşmenin zorunlu içeriğine ilişkin olarak getirdiği yeniliklerden biri de mevcut TTK'da yer alan şirketin müddetinin belirtilmesi gereğine yönelik düzenlemenin yer almamış olmasıdır.

Kanun, şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olan hükümleri ise:

- Esas sermaye paylarının devrinin sınırlanmasına ilişkin kanun hükmünden ayrılan düzenlemeler,

- Ortaklara veya şirkete esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması,

- Ek ödeme yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı,

- Yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi bunların şekli ve kapsamı,

- Belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı veya bir genel kurul kararının oylanması sonucunda oyların eşit çıkması halinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanıyan hükümler,

- Kanunda veya şirket sözleşmesinde öngörülmuş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri halinde uygulanabilecek sözleşme cezası hükümleri,

- Kanuni düzenlemelerden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler,

- Genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin özel hak tanıyan hükümler

- Genel kurulda karar almaya oy hakkına oy hakkının hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemelerden ayrılan hükümler,

- Şirket yönetiminin üçüncü kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri,

- Bilanço karının kullanılması hakkında kanundan ayrılan hükümler,

- Çıkma hakkının tanınması ile bunun kullanımının şartları bu hallerde ödenecek olan ayrılma akçesinin türü ve tutarı,

- Ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümler,

- Kanunda belirtilenler dışında öngörülen sona erme sebeplerine dair hükümler olarak belirlemiştir (YTTK m.577)

Kurucuların şirket sözleşmesine emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla istedikleri hükümleri koyabilecekleri, ancak bazı hükümlerin bağlayıcı olabilmesi için şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerektiği, aksi halde bu hükümlerin şirketler hukuku yönünden bağlayıcı olmayacağı ifade edilmektedir (Gerekeç m.577).

4. Sermayeye İlişkin Düzenlemeler

4.1. Esas Sermaye Miktarı Artırılmıştır

4.1.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Limited şirkette anonim şirket gibi esas sermayeli bir şirkettir. Her iki şirkette tipinde de esas sermaye kanunda belirtilen miktardan aşağı olamaz ve esas sözleşmede gösterilir. TTK m.507 hükmüne göre limited şirketlerin sermayesi en az 5000.00 TL dir.

Ortakların koyacakları sermaye birbirinden farklı olabilir fakat bunun en az yirmibeş milyon türk lirası (yirmi beş türk lirası) ve bunun katları olması gerekir (TTK m.507/2).

Limited şirkette sermayenin üst sınırı bakımından bir tavan mevcut değildir. Limited şirket esas sermayesi her biri ayrı bir pay sahipliği mevkiini ifade eden paylara değil ortak sayısına bölünmüştür. Her ortağın bir sermaye payı vardır (Bir ortak bir sermaye payı ilkesi). Bir ortağın sermayedeki iştirak payı ne olursa olsun bir tek ortaklık mevkiine sahip olur. Limited şirkette payın devri için bölme ve mirasın taksimi halleri hariç olmak üzere ortağın veya ortakların sermaye payı bölünmez bir bütündür (TTK m. 507/3)¹¹.

TTK m.139 da belirtilen mal veya haklar limited şirkete sermaye olarak konulabilir. Bu kapsamda taşınır ve taşınmaz mallar, kıymetli evrak, alacaklar, imtiyazlar ve ihtira beratları, intifa hakları limited şirkete sermaye olarak konulabilecektir.

¹¹ İmregün Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1996, s. 500, Sayın Onal Buket, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, Ankara, 2007, s. 55, Poroy, Özkorkut Korkut, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Şirketlerine Getireceği Yenilik ve Değişiklikler, Yaklaşım, Şubat 2009, S. 195, s. 10 Erişim: <http://www.wcgscenar.org/doc>

4.1.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Limited şirketlerin sermayesi YTTK'da en az onbin türklirası olarak belirlenmiştir (YTTK m.580). Bu miktar Bakanlar Kurulu kararı ile 10 katına kadar artırılacaktır.¹²

Esas sermayenin nakit kısmı kuruluşta bir defada ödenmek zorundadır (YTTK m.585). Böylece mevcut TTK'daki nakdi sermayenin taksitle ödenme anlayışı terk edilmiştir.

Nakdi sermayenin bir defada ödenmesi zorunluluğunun öngörülmesinin gerekçesi, ödemeye çağrı, sermaye payını ödemede temerrüt, ıskat, pay bedelinin tamamının ödenmemesi gibi ortaya çıkabilecek zorlukları önlemek ve ayrıca kabuk şirket kurulumunun önüne geçmek olarak açıklanmıştır.¹³

Yeni Türk Ticaret Kanununun 585. maddesinde öngörülen asgari sermaye miktarı mevcut düzenlemeye göre yüksektir. Amaç sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu limited şirketlerde esas sermayenin teminat işlevini güçlendirmektir.

Limited şirketlere hem nakit hem de ayın (malvarlığı) niteliğinde sermaye konulabilecektir. Yeni Türk Ticaret Kanununun 581. maddesi, 6762 sayılı TTK m. 508 hükümünden farklı olarak aynı sermaye olarak konulabilecek değerleri teker teker saymıştır. Buna göre limited şirkete üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunmayan nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen fikri mülkiyet hakları, sanal ortamlar, adlar dahil malvarlığı unsurları sermaye olarak konulabilecektir.

Hizmet edimleri, şahsi emek, ticari itibar vadesi gelmemiş alacaklar limited şirketlere sermaye olarak konulamaz.

4.2 Esas Sermaye Payının Nama Yazılı Senede Bağlanması Mümkün Hale Getirilmiştir

4.2.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

6762 sayılı TTK'nın 503 maddesi limited şirkette ortakların koydukları sermaye için anonim şirketteki gibi hisse senedi çıkarılmayacağını hüküm altına almıştır. TTK m. 518 ise pay hakkında düzenlenecek senetlerin kıymetli evrak niteliğine sahip olmayacağını sadece bir ispat vasıtası olacağını belirtmiştir. Buna göre ortağın limited ortaklıktaki sermaye payı için düzenlenen senetler kıymetli evrak niteliğinde olmayıp sadece ispat vasıtasıdır.¹⁴ Bu belgeler ortağın ad ve soyadını taşırlar kısacası bu pay senetleri emre veya hamiline düzenlenemez. Limited ortaklık payını temsil etmeyen ve kıymetli evrak niteliğinde olmayan bu senetlerin üçüncü kişiye devri ile üçüncü kişi ortak sıfatını kazanmaz. Limited ortaklık payı ancak TTK m.520 de öngörülen kurallara göre devredilebilir.¹⁵

¹² Tasarının 580. Maddesinde limited şirketler için asgari sermaye miktarı 25.000 TL olarak öngörülmüştü, fakat bu miktar TBMM genel kurulunda 13.01.2011 tarihinde yapılan önergeinin kabulü ile 10.000 TL olarak değiştirilmiştir.

¹³ Gerekçe m. 585.

¹⁴ Arslanlı Halil, Ticaret Kanunu Şerhi Limited Şirketler, İstanbul,1963, s. 150-151.

¹⁵ Eriş, s. 2664.

4.2.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Limited şirketlerdeki bir ortak bir pay ilkesi terk edilerek bir ortağın birden çok paya sahip olabileceği kabul edilmiştir.

Mevcut TTK sistemine göre limited şirkette esas sermaye payı ile ortaklık payı farklı kavramlardır. Limited şirkette taahhüt ettiği sermaye payı ne olursa olsun her ortak ancak bir paya sahip olabilmektedir (Bir ortak bir pay ilkesi) ¹⁶

Yeni Türk Ticaret Kanunu esas sermaye pay senetelerinin ispat aracı niteliğinde veya nama yazılı olarak düzenlenebileceğini hüküm altına almaktadır (YTTK m.583).

Esas sermayenin nama yazılı senede bağlanabilmesine rağmen düzenlenen nama yazılı senet kıymetli evrak niteliğinde olmayacaktır.

Esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılmasının paya devir dolayısı ile dolaşım kolaylığı sağlamayacağı, payın devrinde 595. madde hükmünün geçerli olacağı, esas sermaye payının devri borcunu doğuran işlemlerin yazılı olarak yapılacağı ve imzaların noterde onaylanacağı ve devir için ortaklar genel kurulunun kararının şart olduğu ifade edilmektedir.¹⁷

Bu hüküm doktrin tarafından eleştirilmiş nama yazılı kıymetli evrakın devri için alacağın temliki ve teslim gerekli iken, esas sermaye payının devrinin yazılı şekle tabi tutulduğu ve yine imzaların noterden onaylanması şartının öngörüldüğü bu durumun kıymetli evrakın devrine ilişkin şarta aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir ¹⁸.

4.3. Ortaklara Ek Ödeme veya Yan Edim Yükümlülüğü Öngörülebilir

4.3.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Limited şirket sınırlı sorumluluk ilkesinin egemen olduğu bir şirket türüdür. Limited şirket ortağının ortak sıfatı ile şirkete karşı asli borcu koymayı taahhüt ettiği sermayeyi ödemektir. Sermaye koyma borcunu yerine getiren şirket ortağının sorumluluğu da sona erer.¹⁹

Limited şirketlerde şirket borçlarından dolayı şirket kendi malvarlığı ile sınırlı olarak sorumludur. Mevcut TTK sisteminde ortakların şirkete ek ödeme yapma yükümlülükleri yoktur. Ortaklar koymayı taahhüt ettikleri sermaye payını yerine getirdikleri ölçüde bu sorumluluktan kurtulurlar. Kısacası şirket ortakları şirket alacaklılarına karşı değil sadece şirkete karşı koymayı taahhüt ettikleri sermaye payı ile sınırlı olarak sorumlu olacaktır.²⁰

4.3.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Yeni TTK'da mevcut TTK'daki sınırlı sorumluluk ilkesini aynen korumaktadır. Buna göre şirketin sadece malvarlığı ile sınırlı sorumluluğu bulunmaktadır. YTTK'nın öngördüğü sistemde de şirket borçlarından dolayı şirket ortaklarının sorumluluğu bulunmamaktadır.

Ortaklar taahhüt ettikleri sermaye payının nakit kısmı şirketin kuruluşunda tam olarak ödenmek zorunda oldukları için şirkete karşı olan sorumlulukları da bu ödeme

¹⁶ Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku, Adana, 2003 s. 1002.

¹⁷ Gereke m. 593.

¹⁸ Moroğlu, s. 275, Yıldız, s. 135.

¹⁹ Ayhan Rıza, Limited Şirkette Ortakların Sorumluluğu, İstanbul, 1992, s., 63, Önal, s. 85.

²⁰ Doğanay İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C II, İstanbul, 2003 s. 1379.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ile birlikte sona erer. Yeni TTK bu konuya ilişkin olarak: 'Ortaklar şirket borçlarından sorumlu olmayıp sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler' kuralını getirmiştir' (YTTK m.573).

Yan edim şirketin amacını gerçekleşmesine hizmet eden, şirket esas sözleşmesinde düzenlenmesi zorunlu bulunan ortağın kişisel ticari alanına ve kabiliyetine uygun olarak öngörülen yükümlülüklerdir.

Kanunun 606. maddesi: 'Şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülebilir' şeklinde hüküm koyarak mevcut TTK da yer almayan yan edim yükümlülüklerini düzenleme konusu yapmıştır.

Yan edim yükümlülüklerinin limited şirketin kişisel öğelerden oluşan niteliğini ortaya çıkardığını ve limited şirketi kooperatife yaklaştırdığı ifade edilmektedir (Gerekçe m.606).

Gereğede yan edime konu oluşturabilecek edimler de (Süt, pancar, şeker kamışı, meyve gibi ham ve/veya işlenmiş ürünlerin teslimi, park yeri veya depo yeri sağlanıp kullandırılması, taşıma gibi hizmetlerin sunulması) şeklinde örneksene yolu ile sayılmıştır. Yan edimler amacı şirket konusunun gerçekleştirilmesi, ortakların bileşiminin korunması, şirketlerin başka şirketlerin hakimiyetine girmesinin önlenmesi olarak belirtilmiştir.²¹

Yan edimler kuruluşta şirket sözleşmesinde yer alan hükümlerle öngörülebileceği gibi şirket esas sözleşmesinin sonradan değiştirilmesi ile de düzenlenebilir.

Ek ödeme yükümlülükleri ise şirketin sermaye ve finansman açığını kapamaya yönelik olarak yerine getirilen yine şirket sözleşmesi ile öngörülen azaltılması veya kaldırılması şirketin özvarlıklarının şirket zararını karşılmasına bağlı olan ve belirli koşullarda geri ödenmesi söz konusu olan yükümlülüklerdir.

Ek ödeme yükümü ile güdülen amaç finansal yönden kötü duruma düşen ve bilanço açığı bulunan şirkete ortakların yapacakları ek ödemelerle yardımcı olmalarıdır.

Ortaklardan ek ödemede bulunmaları müdürler tarafından ancak aşağıdaki şartların gerçekleşmesi durumunda talep edilebilir.

-Şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirket zararını karşılayamaması durumunda,

-Şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamın mümkün olması,

-Şirket sözleşmesinde tanımlanan özkaynak gereksinimine ihtiyaç doğurabilecek halin ortaya çıkması (YTTK m.603).

Yukarıda belirttiğimiz hallerin ortaya çıkması durumunda ek ödemede bulunmak zorunda olan ortak ancak kendi esas sermaye payına düşen ek ödemeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

Kanunun 603. maddesinin gerekçesinde ek ödemenin amacı finansal yönden kötü duruma düşen, bilanço açığı bulunan şirkete ortakların yapacakları ek ödemelerle yardımcı olmak olarak ifade edilmiştir.

Ek ödemenin amacı temelde bilanço açığını kapatmak olmakla beraber YTTK

²¹ YTTK m. 606 gerekçesi.

ile özellikle ek araçlar olmaksızın işlere gereği gibi devamın mümkün olmaması veya şirket sözleşmesinde belirlenen özkaynak ihtiyacı doğuran bir halin gerçekleşmesi ile de ek ödeme talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

5. Payın Devrine İlişkin Düzenlemeler

5.1. Ortaklık Payının Devrinde Esneklik Sağlanmıştır

5.1.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Limited şirket payının devrini düzenleyen TTK m. 520 hükmüne göre limited şirket payının devri için yazılı sözleşme yapılmalı ve imzalar noterce tasdik edilmiş olmalıdır. Payın devri şirket hakkında ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek şartıyla hüküm ifade eder. Ortaklık payının devri ortaklık pay defterine kayıt edilmedikçe devir alan limited şirkete karşı ortaklık sıfatını kazanmış olmaz.

Payın devrinin şirket pay defterine kaydedilmesi için ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin dörtte üçüne sahip olması gerekir.

İlk ortaklık sözleşmesi ile payın devri TTK'nın öngördüğünden daha ağır şartlarla tabi tutulabileceği gibi tamamen de yasaklanabilir.

5.1.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Payın devrine ilişkin ağır şartları getiren düzenlemeler sadeleştirilmiştir (YTTK m.595). Kurucular sermaye payının devrini serbestçe düzenleyebileceklerdir. Kurucular şirket sözleşmesine koyacakları hükümler ile devri kolaylaştırabilecekleri gibi aynı şekilde kapalı bir limited şirket istiyorlar ise devri zorlaştırabilirler.

Esas sermaye payının devri için yazılı sözleşme yapılacak ve tarafların imzaları notere de onaylatılacaktır. Ortaklık payının devri için daha sonra ortaklar genel kurulunun kararı alınacaktır. Fakat esas sözleşmeye konulacak hükümle bu zorunluluk ortadan kaldırılabilir. Burada mevcut TTK'ya göre payın devrinde bir esneklik sağlanmıştır. Şöyle ki mevcut TTK'da devrin geçerli olabilmesi için ortakların $\frac{3}{4}$ 'ünün devre muvafakat etmesi bunların da esas sermayenin $\frac{3}{4}$ 'üne sahip olması gerekir (TTK m.520). YTTK devirde sadece ortaklar kurulunun kararını yeterli saymış $\frac{3}{4}$ çoğunluğu öngörmemiştir. Devre onay için ortaklar kurulu toplantısında temsil edilen oyların salt çoğunluğunun olumlu oyu yeterli olacaktır. Kanun bu düzenlemesi ile payın devrini mevcut TTK sistemine göre kolaylaştırmıştır. Şirketin iki ortağı varsa onaylama kararı oy birliği ile alınacaktır. Esas sözleşmeye devir için ortaklar genel kurulunun kararının aranmayacağı şeklinde bir hükümde konulabilir (YTTK m 595). Genel kurulun onayı verildikten sonra sermaye payı devirlerini müdürler önce pay defterine kaydetmeli daha sonra ise tescil için ticaret siciline başvurulmalıdır (YTTK m.598).

Şirket esas sözleşmesi ile devir yasaklanmış ise veya ortaklar kurulu devre onay vermemiş ise ortak haklı sebepler ile şirketten çıkabilir.

Payın devrinde, onay için başvurulduğu tarihten itibaren üç ay içinde ortaklar genel kurulu karar vermez ise devre onay vermiş sayılır.

6. Organlara İlişkin Düzenlemeler

6.1. Ortaklar Genel Kurulu Ortak Sayısına Bakılmaksızın A.Ş Genel Kurulu Gibi Yapılandırılmıştır.

6.1.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Limited şirketlerde ortaklar genel kurulu, tüm ortakların katıldığı, ortaklıktan doğan idari ve mali hakları kullandıkları organdır.²²

TTK'da ortak sayısı 20'yi geçen limited şirket genel kurullarında anonim şirket genel kurul toplantısına ilişkin hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda ortak sayısı 20 ve 20'den az olan limited şirketler için kendi faslında yer alan özel hükümler ortak sayısı 20 den fazla olan limited şirketler için anonim şirketlerin genel kurul toplantılarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. TTK m. 536 hükmü ortak sayısı 20 ve daha az olan limited şirketlerde kararların ortakların yazılı oyları ile verilebileceğini hüküm altına almıştır.

Limited şirkette ortakların sayısı ne olursa olsun ödenmiş sermayenin yarısından fazlasını temsil eden ortakların toplantıda görüşülen husus lehine oy vermiş olması gerekir.²³

Limited şirket ortaklar genel kurulunda ortakların sahip olduğu oy hakkı koyduğu sermaye miktarına göre hesaplanır. Her yirmi beş milyon (yirmibeş TL) bir oy hakkı verir. (TTK m. 537).

Limited şirket ortaklar genel kurulunun toplantıya çağrılmasını düzenleyen TTK m. 538 hükmü bu konuda anonim şirketlere paralel düzenlemeler içermektedir. Limited şirket ortaklar genel kurulu yılda bir kez ve iş yılının sona ermesini takip eden üç ay içinde toplantıya çağrılır. Toplantıya çağrı şirket müdürleri tarafından yapılır. Bu toplantı olağan toplantıdır. Bunun dışında şirket ortaklar genel kurulu ortaklık sözleşmesi hükümleri ve ortaklık yararları gerektirdikçe her zaman toplantıya çağrılabilir. Limited şirketlerde müdürler dışında denetçiler (ortak sayısı 20 den fazla olan şirketler için), tasfiye memurları, iflas memurları ve azınlık pay sahipleri de ortaklar genel kurulunu toplantıya çağırabilir.²⁴

Limited şirkette ortak sayısı 20'den çok olduğu takdirde ortaklar genel kurulunun bir karar verebilmesi için kanunda öngörülen şekilde toplanması gereklidir. Ortak sayısı 20'den az ise pay sahipleri kanunda öngörülen şekle uymaksızın yazılı olarak oy verip karar alabilirler.

TTK m. 539 limited şirket ortaklar genel kurulunun devredilemez yetkilerini belirtmiştir. Bu yetkiler şirket esas sözleşmesini değiştirmek, müdürleri tayin ve azletmek, şirket denetçilerini tayin ve azletmek, kar ve zarar hesabını ve bilançooyu tasdik veya safi karın kullanılma şekli belirlemek, müdürleri ibra etmek, payların bölünmesi hakkında karar vermek, kuruluş veya idare işlemlerinden dolayı şirketin kendi organlarına veya ortaklara karşı sahip olduğu tazminat taleplerini ileri sürmek olarak belirlenmiştir. Bunun dışında şirketin feshine karar vermek, tasfiye halinde şirketin aktiflerinin toptan satılmasına karar vermek, şirketin mali durumunun bozulması ha-

²² Çevik,s.303, Arslanlı Halil Domaniç Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, CIII, İstanbul, 1989, s. 503.

²³ Eriş, s. 273.

²⁴ Çevik, s. 308.

linde gerekli kararları almak, şirket müdürleri aleyhinde dava açmak ortaklar genel kurulunun devredemeyeceği yetkiler arasında sayılmaktadır.

6.1.2 Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Yeni Türk Ticaret Kanununa göre ortak sayısı ne olursa olsun kanunda yer alan limited şirket ortaklar genel kurulun toplanmasına ilişkin hükümler tüm limited şirketlere uygulanacaktır. Bu hükümlerle TTK m.536'da yer alan ortak sayısı 20 ve daha az olan limited şirketlerde ortakların yazılı oyları ile karar vermeleri şeklindeki uygulamaya terk edilmiştir.

Kanunda limited şirket genel kurulunun yetkileri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki YTTK, mevcut TTK'dan farklı olarak genel kurulun yetkilerini, devredilemez yetkiler ve esas sözleşmede öngörülmesi durumunda devredilemeyecek yetkiler başlığı altında ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.²⁵

Kanunun 616. maddesinde tek kişilik limited şirketlerde tek ortağın genel kurulun tüm yetkilerine sahip olacağı belirtilmiştir. Tek ortağın genel kurul sıfatı ile alacağı kararların yazılı olması şarttır.

Genel kurul yetkisine sahip olan ortak birisi kendisi olmak üzere üçüncü kişileri müdür tayin edebilir. Sadece kendisini de müdür tayin edebilir. Üçüncü kişi olan müdürler tek ortak tarafından azledilebilir. Diğer müdürleri ibra yetkisi de tek ortağa aittir. Tek ortağın genel kurul sıfatı ile kullanabileceği diğer yetkiler ise işlem denetçilerinin atanması, finansal tabloların hazırlanması, onaylanması kar payı hakkında karar verilmesi, şirketin feshine karar verilmesidir.

Yeni TTK'nın limited şirketleri anonim şirketlere yaklaştıran düzenlemeler içerdiğini yukarıda belirtmiştik. Genel kurulun toplanma zamanları, toplantıya davete yetkili olanlar, toplantıya çağrı usulü, toplantıya katılmaya yetkili olanlar gibi konular anonim şirketlerle benzer düzenlemelere tabi tutulmuştur

²⁵ Yeni Türk Ticaret Kanununun 616. maddesine göre genel kurulun devredilemez yetkileri

- Şirket sözleşmesinin değiştirilmesi
- Müdürlerin atanmaları ve görevden alınmaları,
- Denetçilerin atanmaları ve görevden alınmaları,
- Yılsonu finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunun onaylanması kar payı hakkında karar verilmesi kazanç paylarının belirlenmesi,
- Müdürlerin ücretlerinin belirlenmesi ve ibraları
- Esas sermaye payı devirlerinin onaylanması,
- Bir ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeden talepte bulunulması,
- Müdürün şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda yetkilendirilmesi veya böyle bir iktisabın onaylanması,
- Şirketin feshi,
- Genel kurulun kanun veya esas sözleşme ile yetkilendirildiği ya da müdürlerin genel kurula sunduğu konularda karar verilmesi,

Esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartı ile devredilemez yetkileri:

- Şirket sözleşmesi ile genel kurulun onayının arandığı haller ile müdürlerin faaliyetlerinin onaylanması,
- Önerilmeye muhatap olma önalmı geri alım ve alım haklarının kullanılması konusunda karar verme,
- Esas sermaye payları üzerinde rehin hakkı kurulması konusunda onay verme
- Bir ortağın şirket esas sözleşmesinde öngörülen sebeplerden dolayı çıkarılması konusunda karar verme,

Kanunun 617. maddesi hükmüne göre olağan toplantılar heryıl hesap döneminin sona ermesinden itibaren 3 ay içinde yapılır.

Genel kurul şirket sözleşmesi uyarınca gerektiğe olağanüstü olarak toplantıya çağrılabilir (YTTK m.617). Genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılabilmesi için hem bu hususun şirket sözleşmesinde düzenlenmesi hem de şirket menfaatlerinin gerektirmesi şartı birlikte aranacaktır. Kanımızca bu düzenleme hatalıdır çünkü şirket esas sözleşmesinde bu hususta açık bir düzenleme yok ise şirket menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda genel kurul olağanüstü toplantıya çağrılmayacaktır.

Genel Kurul müdürler tarafından toplantıya çağrılır. Ortaklar genel kurulunun kanunda öngörülen süreler içinde toplantıya çağrılmaması müdürlerin sorumluluğunu gerektirir. Genel Kurulu toplantıya çağrı, azınlığın toplantıya çağrı ve öneride bulunma hakkı, gündem, öneriler, çağrısız genel kurul, hazırlık önlemleri, tutanak ve yetkisiz katılma konusunda anonim şirkete ilişkin hükümler limited şirkete de uygulanır (YTTK m.617/3). Bu durumda anonim şirketlere ilişkin 410. madde limited şirketler için de uygulama alanı bulacaktır. Limited şirketin tasfiye halinde olması durumunda tasfiye memurları kendi görevleri ile ilgili olan konularda genel kurulu toplantıya çağrılabilir. Şirket esas sermayesinin en az onda birini oluşturan pay sahipleri de genel kurulun toplantıya davet edilmesini genel kurul zaten toplanacak ise karara bağlanmasını istedikleri konuların gündeme konulmasını müdürlerden talep edebileceklerdir. Azınlık genel kurula çağrı veya gündeme madde konulması talebini noter aracılığı ile yapacaktır. Azınlığın toplantıya çağrı veya gündemde madde konulması talebi müdürler tarafından reddedilir ise bu durumda azınlığın talebi üzerine genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesi karar verebilir (YTTK m.617-411)

Limited şirket genel kurulu toplantı gününden en az onbeş gün önce toplantıya çağrılır. Şirket sözleşmesi ile bu süre uzatılabilir veya on güne kadar kısaltılabilir (YTTK m.617/2).

Toplantıya çağrının şekli konusunda anonim şirketlere ilişkin 414. madde hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre genel kurul esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlanan ilanla toplantıya çağrılacaktır. Ortaklara toplantı günü ile gündem ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteler iadeli taahhütlü mektupla bildirilir.

Genel kurul gündemi toplantı ilan ve çağrı metinlerinde yer almak zorundadır. YTTK m. 413 hükmüne göre gündemde bulunmayan hususlar genel kurulda müzakere edilemez karara bağlanamaz. Olağan genel kurulun gündemi konusunda YTTK'nın 409. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Buna göre olağan genel kurulda organların seçimi, finansal tablolara, yıllık raporlara, karın kullanım şekline, dağıtılacak kazanç paylarının oranının belirlenmesine, müdürlerin ibrasına faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara ilişkin müzakereler yapılır.

YTTK'nın 617. maddesi limited şirketlerde çağrısız genel kurul hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre limited şirketlerde çağrısız genel kurul toplantıları hakkında anonim şirketlere ilişkin 416. madde uygulama alanı bulacaktır. Buna göre limited şirketin bütün pay sahipleri aralarından hiçbirisi itirazda bulunmamak kaydı ile toplantıya çağrı merasimine uymaksızın toplanabilir ve karar alabilir.

Genel kurulun toplantı yapmaksızın karar alması konusunda ise YTTK'nın 617/son hükmü düzenleme getirmektedir. Buna göre ortaklardan birisi sözlü görüşme talebinde bulunmadıkça limited şirket genel kurulu kararları ortaklardan birinin gündem maddesi ile ilgili önerisine diğer ortakların yazılı onayı alınmak süreti ile de verilebilir. Anonim şirket yönetim kurulları için öngörülen toplantı yapmaksızın yazılı oyla karar alma yöntemi Yeni Türk Ticaret Kanunu ile limited şirket genel kurulları için öngörülmektedir.

6.2. Limited Şirketin Yönetim ve Temsili Konusunda Öngörülen Düzenlemeler

6.2.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Limited şirketlerde şirketi idare ve temsil yetkisi müdürlere aittir. TTK'nın 'idare ve temsil' başlığın taşıyan 540-547. maddelerinde müdürlerin görevlendirilmesi, yetkileri ve yükümlülükleri, görevlerinin sona erme şekilleri düzenlenmiştir.

Limited şirketlerde aksi kararlaştırılmamış ise ortaklar hep birlikte müdür sıfatı ile şirketi idareye ve temsile yetkilidir. Limited şirket esas sözleşmesi ile veya sonradan ortakların kararı ile müdür sıfatı ortaklardan birine veya birkaçına bırakılabilir. Şirket esas sözleşmesi veya ortaklar genel kurulu kararı ile ortak olmayan kimselerde şirkete müdür olarak tayin edilebilir (TTK m.541).

Limited şirket müdürlerinin görevleri ortaklar genel kurulunu toplantıya çağırarak, şirketin mali durumunun bozulması halinde tedbir almak, şirket için gerekli defterleri tutmak, bilanço ve kar zarar hesabını düzenlemek, yıllık rapor düzenlemek, karın dağıtımını için teklifte bulunmak, şirket personelinin tayin ve azli işlemlerini yürütmek, ortakların sermaye borcunu yerine getirmelerini istemek, tescil ve ilan işlemlerini yürütmek, ticari mümessil ve vekilleri tayin ve azletmek, esas sözleşme değişikliğine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek, ortaklar genel kurulu kararlarının iptali için dava açmak, tasfiyeye ilişkin işlemleri yürütmek olarak özetlenebilir.²⁶

6.2.2 Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Öngörülen Düzenleme

Limited şirketlerin yönetim ve temsili esas itibarı ile müdürlere aittir. Yeni Türk Ticaret Kanunu limited şirket müdürlerine ilişkin olarak TTK düzenlemelerinden önemli farklılıklar içermektedir.

Şirket yönetiminde profesyonelleşmeyi sağlamak için Yeni Türk Ticaret Kanunuyla TTK'daki 'özden organ'²⁷ ilkesi terk edilerek seçilmiş organ sistemine geçilmiştir. Kısacası limited şirketlerde yönetim hak ve yetkisi seçimle iş başına gelmiş üçüncü kişi olan veya ortak olan müdürlere ait olacaktır (YTTK m.623).

Kanuna göre müdürler birden fazla olabileceklerdir. Birden fazla müdür varsa bunlardan en az birinin ortak sıfatını taşıması gerekir. Birden fazla müdür varsa bunlar müdürler kurulunu oluşturacak ve müdürler kurulu anonim şirket yönetim kuruluna benzer bir işleyişe sahip olacaktır. Yeni Türk Ticaret Kanunu mevcut TTK'dan farklı

²⁶ Çevik, s.354 vd.

²⁷ Kanunun gerekçesinde limited şirketi kolektif şirkete yaklaştıran özden organ ilkesinin şirketleşme politikasına uymadığı, bu nedenle özden organ ilkesinden seçilmiş organ ilkesine geçildiği ifade edilmiştir. Özden organ ilkesinin uygulamada zorluklara yol açması ve yönetimin yetkin kişilerden ve profesyonellerden oluşmamsın gerekli olması gerekçesi ile seçilmiş organ ilkesine geçildiği ifade edilmiştir. (Gerekçe m. 623).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

olarak şirkette birden fazla müdürün bulunması halinde bunlardan birinin ortaklar genel kurulu kararı ile müdürler kurulu başkanı seçilmesini öngörmektedir. Başkan olan müdür genel kurulu toplantıya çağrılmak, genel kurul toplantılarını, ilan işlemlerini yürütmekle de sorumlu olacaktır (YTTK m. 624)²⁸

YTTK'ya göre limited şirket müdürlerinden en az birinin yerleşim yerinin Türkiyede bulunması ve bu müdürün tek başına şirketi temsile yetkili olması gerekir (YTTK m. 628). Bu düzenlemenin amacı şirketin tamamen Türkiye dışından yönetilmesini engellemek, müdürlerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması önündeki engelleri kaldırmak, sorumlulardan en az birinin Türk Mahkemeleri önüne getirilmesini sağlamak, kabuk şirketleri azaltmak olarak belirtilmiştir (Gereğe m. 628).

Limited şirket kuruluşunda şirket müdürlerinin esas sözleşme ile atanması zorunludur. Müdürlerin adları soyadları unvanları ve vatandaşlıkları şirket sözleşmesinde yer almak zorundadır (YTTK m. 576).

Şirket yönetim ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin yönetim ve temsilinin müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara veya üçüncü kişilere verileceği şirket esas sözleşmesinde düzenlenmek zorundadır (YTTK m. 623).

Şirket esas sözleşmesinde ortakların tümünün müdür olacağı hükmü yer alabilir. Yoksa müdürlerin şirket sözleşmesinde belirtilmemesi durumunda tüm ortakların müdür sayılacağı kuralı benimsenmemiştir.

YTTK, 6762 Sayılı TTK'nın 540. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak tüzel kişilerinde şirket müdürü olmasına imkan tanımaktadır. Fakat mevcut TTK'nın 540. maddesi şirket ortağı olan tüzel kişilerin müdür seçilmesine olanak verirken YTTK müdür olacak kişinin şirket ortağı olmasını şart koşmamaktadır. Şirket müdürü seçilecek tüzel kişi o şirketin ortağı da olabilir veya şirketle ortaklık ilişkisi olmayan bir tüzel kişi de olabilir. Müdür olarak atanan tüzel kişi bu görevi bizzat yerine getiremeyecek tüzel kişi adına görev yapacak bir gerçek kişiyi belirleyecektir (YTTK m.623).

Limited şirket müdürlerinin görev ve yetkileri konusunda Yeni TTK mevcut TTK'dan farklı olarak ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir. Kanunun 625. maddesi şirket müdürlerinin kanun ve esas sözleşmenin genel kurula görev ve yetki vermediği tüm konularda görevli ve yetkili olduğunu kabul etmiştir. Şirket müdürlerinin devredilemez yetkilerini ise şirketin üst düzeyde yönetilmesi ve buna ilişkin talimatların verilmesi, kanun ve esas sözleşme çerçevesinde şirketin yönetim örgütünün belirlenmesi, şirket muhasebesinin finansal denetiminin ve finansal planlamasının oluşturulması, şirket yönetimi kendisine devredilen kişilerin kanunlara, şirket sözleşmesine, iç tüzükler ve talimatlara uygun hareket edip etmediklerinin gözetilmesi, küçük limited şirketler hariç risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin kurulması, şirketin finansal tablolarının yıllık faaliyet raporlarının düzenlenmesi, genel kurul toplantılarının hazır-

²⁸ 624. maddenin gerekçesinde müdürlerin birden fazla olması halinde bunların bir kurul olacağını belirtilmesinin müdürleri yönetim kuruluna özgü bir işleyişe tabi tuttuğunu, müdürler kurulunun karar almasında müdürün üstün oyunun kabul edildiği bu durumun yönetim kurulundaki kilitlenmeyi çözeceğini ve şirketi çalışabilir hale getireceğini belirtmektedir.

lanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi, şirketin borca batık olması halinde bu durumu mahkemeye bildirilmesi olarak düzenlemiştir (YTTK m. 625).

Yeni TTK mevcut TTK'ya paralel olarak limited şirket müdürlerinin sorumluluğu konusunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir (YTTK m.644). Buna göre müdürler kanundan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurları ile ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem ortaklara hem de şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar.

Limited şirket müdürlerinin ayrıca şirketin kamu borçlarından dolayı sorumlulukları da bulunmaktadır. VUK m.10 hükmüne göre tüzel kişilere düşen vergisel yükümlülükler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir. Kanuni temsilcilerin bu ödevlerini yerine getirmemeleri nedeni ile tüzel kişinin malvarlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar yasal temsilcilerden tahsil edilir.

YTTK'nın 630. maddesi limited şirket müdürlerinin görevden alınmasını mevcut TTK'dan tamamen farklı esaslara bağlamıştır. Buna göre şirket genel kurulu müdürleri görevden alabilir, yönetim hakları ve temsil yetkilerini sınırlayabilir. İster ortak olsun ister olmasın limited şirket müdürleri genel kurul kararı ile görevden alınabilecektir.

Ayrıca limited şirket ortakları da haklı nedenin varlığı durumunda yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını mahkemeden talep edebilir. Haklı sebep teşkil edebilecek haller özen ve bağlılık yükümünün ihlali, diğer kanunlardan, şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlali, şirketin iyi yönetimi için gereken yeteneğin kaybedilmesi olarak belirtilmiştir (YTTK m.630/3).

Kanun ayrıca görevden alınan yöneticilerin tazminat haklarının saklı olduğunu da hüküm altına almıştır (YTTK m. 630/4).

6.3. Denetime İlişkin Düzenlemeler

6.3.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

TTK'nın 548. maddesi ortak sayısı yirmiyi aşan limited şirketlerde bir veya birden fazla denetçi bulunacağını ve denetçilere anonim şirket denetçilerine ilişkin hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır.

Ortak sayısı yirmiden az olan limited şirketlerde ise idare hak ve görevi tüm ortaklar ait değilse müdür sıfatına sahip olmayan diğer ortaklara adi şirket ortaklarına ait denetleme hakkı tanınmıştır. Ortak sayısı 20'den az olsa bile esas sözleşmeye konulacak hükümle ortaklığa denetçi veya denetçilerin seçileceği öngörülebilir. Bu durum diğer ortaklar yine BK. 531'de²⁹ öngörülen denetim hakkından yararlanırlar.³⁰

Ortak sayısı 20'den fazla olan limited şirketlerde şirket işlerini denetlemek üzere bir veya birden fazla denetçi bulunur. Denetçi sayısı esas sözleşmede gösterilir. Denetçiler ortak olanlar veya olmayanlar arasından seçilebilir. Denetçiler esas sözleşme ile veya ortaklar genel kurulu kararı ile seçilebilirler. Şirketin ilk denetçilerinin

²⁹ TTK m. 548'in atıf yaptığı BK m. 531 hükmüne göre: 'İdare yetkisini haiz olmasa bile, her ortağın şirket işlerinin nasıl gittiği hakkında şahsen bilgi almaya ve şirket defter ve evrakını incelemeye ve kendisine mahsus olmak üzere, şirketin mali durumu hakkında özet çıkarmaya hakkı vardır'.

³⁰ Kayhan Şaban, Ticaret Hukuku, Ankara, 2007, s. 620.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

görev süresi bir yıldır, şirketin kuruluşundan sonra seçilecek denetçilerin görev süresi esas mukavele ile belirlenir ve bu süre üç yılı aşamaz.

6.3.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Öngörülen Düzenleme

Yeni Türk Ticaret Kanununun hem anonim hem de ortak sayısı yirmiyi aşan limited şirketlere ilişkin getirdiği en önemli yenilik zorunlu denetim organını kaldırmasıdır. Artık hem anonim şirketler hem de limited şirketler için zorunlu bir denetim organı olmayacaktır.

Denetçi başlığını taşıyan Yeni Türk Ticaret Kanununun 635.maddesi anonim şirketin denetçiye, işlem denetçisine ve özel denetime ilişkin hükümlerinin limited şirketlerde uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Buna göre limited şirketlerin denetimi olağan denetim, özel denetim, belirli işlemlerin denetimi olmak üzere üç başlık altında toplanabilir.

Şirket faaliyetlerinin, müdürler ve müdürler kurulu işlemlerinin denetimi şeklindeki denetim olağan denetimdir. Bu denetimi yapan kişi veya kuruluşlara hesap denetçisi veya olağan denetçi adı verilecektir.

TTK da organ sıfatı ile faaliyette bulunan denetçinin bu görevi kanun yürürlüğe girdiği zaman hesap denetçileri tarafından yerine getirilecektir. Denetimi yapacak kişi veya kuruluşlar limited şirketin büyük veya küçük limited şirket olmasına göre farklılık gösterecektir. Büyük ve küçük limited şirket tanımı kanunun 1523. maddesinde yer almaktadır.

Büyük limited şirketlerde denetçi, ortakları yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir sıfatını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Küçük ve orta ölçekli limited şirketler ise bir veya birden fazla YMM veya SMM'yi denetçi olarak seçebilirler (YTTK m.400).

Denetçinin seçimi genel kurul tarafından yapılacaktır. Seçimin her faaliyet yılı için yeniden yapılması bir sonraki yılın denetçisinin bir önceki faaliyet yılı bitmeden belirlenmiş olması şarttır. Seçilen denetçinin tekrar seçilmesi mümkündür. Bağımsız denetleme kuruluşunun şirket denetlemesi için görevlendirdiği denetçi 7 yıl boyunca o şirket için denetleme raporu verir ise o denetçi en az iki yıl için değiştirilir (YTTK m.400)

YTTK özel denetçilik müessesesini limited şirketler için de kabul etmiştir. Buna göre 'Her pay sahibi pay sahipliği haklarının kullanılmasında için gerekli olduğu takdirde bilgi alma ve inceleme hakkı daha önce kullanılmış olmak kaydı ile belli olayların özel denetimle açıklığa kavuşturulmasını gündemde olmasa bile genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul istemi onaylar ise şirket veya her bir pay sahibi 30 gün içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir (YTTK m.438).

Genel kurul özel denetçi atanması talebini reddederse sermayenin en az 1/10 na sahip pay sahipleri veya paylarının itibari değeri toplamı 1 milyon TL olan pay sahipleri özel denetçi atanmasını mahkemeden isteyebilirler (YTTK m.439).

Şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi veya diğer şirket işlem ve kararını denetleyen denetçiye işlem denetçisi denir. İşlem denetçileri belirli bazı iş ve işlemleri denetlemekle görevlidir. İşlem denetçileri de genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır (YTTK m.400/4)

7. Limited Şirketin Sona Ermesine Yönelik Düzenlemeler

7.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Sistemi

Limited Şirketin sona erme sebepleri 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 'infisah sebepleri' başlığı taşıyan 549. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre limited şirket, şirket sözleşmesinde yazılı sebeplerle, şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadıkça esas sermayenin dörtte üçünü teşkil eden bir çoğunluk tarafından verilen kararlar, şirketin iflasına karar verilmesiyle, ortaklardan birinin talebi üzerine muhik sebeplerden dolayı mahkeme kararıyla, kanunda yazılı sair sebeplerle sona erer.

7.2. Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Öngörülen Düzenlemeler

Limited şirketlerin sona erme halleri YTTK m.636/1 de düzenlenmiştir. Buna göre limited şirketler:

- Şirket sözleşmesinde öngörülen sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi ile,
- Genel Kurul kararı ile,
- İflasın açılması ile,
- Kanunda öngörülen diğer sona erme hallerinde sona erer.

Limited şirketlerin sona ermesine yönelik düzenleme getiren YTTK m.636 f.1 hükmünün mevcut TTK'nın yukarıda belirttiğimiz 549. maddesi hükmünü sona erme sebepleri bakımından aynen devam ettirdiğini söyleyebiliriz. Fakat 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 549. maddesi hükmüne göre şirket esas sözleşmesinde aksine bir düzenleme yoksa esas sermayenin dörtte üçüne sahip olan ortakların dörtte üçünü teşkil eden bir ekseriyet tarafından verilecek kararlara şirket fesih edilebilirken, YTTK'nın 621. maddesine göre şirketin feshine karar verebilmesi için genel kurulda verilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğunun şirketin feshi yönünde oy kullanması gerekir.

YTTK'nın 636. maddesi, 6762 sayılı mevcut TTK'nın sona erme sebeplerine ilişkin düzenleme getiren 579. maddesinden farklı olarak limited şirketler için iki özel sona erme sebebi öngörmektedir.

YTTK'nın öngördüğü sona erme sebeplerinden ilki organ eksikliği nedeniyle limited şirketin sona ermesidir. YTTK'nın 636/2 hükmüne göre '*Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanmıyorsa ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin şirketin feshini istemesi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, müdürleri dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmesi için bir süre belirler, buna rağmen durum düzeltilmezse şirketin feshine karar verilir.*' Kanunun gerekçesinde anonim şirketlere paralel olarak limited şirketlerde de organ yokluğu halinde şirket pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına fesih davası açma hakkı tanındığı ifade edilmektedir. Gerekçede bu hükmün amacı, organsızlığın anlamı ve diğer konular hakkında anonim şirketlerin organ eksikliği nedeniyle sona ermesine ilişkin düzenleme getiren 530 madde hükmüne bakılması gerektiği belirtilmektedir (Gerekçe m.636).

Limited şirketler açısından gerekli organlardan birinin mevcut olmaması ile kastedilen bu organın gerçekten mevcut olmamasıdır. Örneğin müdürlerin görev süresinin sona ermesine rağmen yeni müdürlerin seçilememiş olması, müdürlerin istifaları

ve onların yerine yeni müdürlerin seçilememiş olması, genel kurulun toplanmaması limited şirketi sona erdirecek organ boşluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkenemin organ eksikliği nedeniyle şirketin fesihine karar verebilmesi için kanun uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarının mevcut olmaması şartını ara- maktadır. Başka bir deyişle organ yokluğu nedeniyle şirketin fesihine karar verile- bilmesi için organ yokluğunun devamlılık arzemesi gerekir. Devamlılıktan ne kadar bir sürenin anlaşılması gerektiği konusunda kötüye kullanmaların önüne geçmek ve somut olayın özelliklerine göre serbest hareket etme imkanı tanımak için hakime takdir hakkı tanıdığı ifade edilmektedir (Gerekçe m. 530).

Anonim Şirketlerde Sanayi ve Ticaret Bakanlığına organ yokluğu nedeniyle fe- sih davası açma hakkı tanınırken (YTTK m.530) limited şirketlerde Bakanlığa organ yokluğu nedeniyle fesih davası açma hakkı tanınmamıştır (YTTK m.636).

Limited şirket için sona erme sebeplerinden bir diğeri de herhangi bir ortağın haklı sebeplerin varlığını ileri sürerek mahkemeden şirketin feshini istemesidir. YTTK'nın m.636 /3 hükmüne göre: '*Haklı sebeplerin varlığı halinde her ortak mah- kemededen şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme istem yerine davacı ortağa payının ger- çek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uy- gun düşen ve kabul edilebilir bir çözüme hükmedebilir.*'

Ortaklardan biri haklı sebeple şirketin feshini mahkemeden talep ettiğinde mah- keme fesih yerine dava açan ortağın payının gerçek değerinin ödenerek o ortağın şir- ketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir diğer çözüme hükmedebilir. Her ne kadar 636. maddenin gerekçesinde bu hükmün hakime şirket yararına geniş bir müdahale hakkı tanıdığı belirtilmekte ise de 'duruma uygun düşen kabul edilebilir bir çözümün ne olacağı konusunda' kanunda bir açıklık mevcut değil- dir.

Kanun fesih davası açıldığında mahkemenin taraflardan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alabileceğini hüküm altına almaktadır. Bu kapsamda mahkeme fesih davası açıldığında talep üzerine şirkete kayyım atanmasına karar verebilecektir.

YTTK'nın 633. maddesi limited şirketler için bir başka sona erme sebebi ön- görmektedir. YTTK'nın 633. maddesi hükmüne göre: '*Esas sermayenin kaybı ya da borca batık olma hallerinde anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümler kıyas yolu ile uygulanır*' Buna göre son yıllık bilançoya göre şirket esas sermayesi ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması ve genel kurulun sermayeyi üçte bire indirmeye veya tamamlamaya karar vermemesi durumunda şirket infisah eder (YTTK m. 633-376 f.2).

YTTK m.628 hükmüne göre ise şirket müdürlerinden en az birinin yerleşim ye- rinin Türkiye'de olması ve bu müdürün tek başına şirketi temsile yetkili olması gere- kir. Bu hükme aykırı hareket edilmesi durmununda Ticaret Sicil Memuru durumun kanuna uygun hale getirilmesi için şirkete uygun bir süre verir. Bu süre içinde şirket tarafından gereken yapılmaz ise Ticaret Sicil Memuru şirketin feshini mahkemeden ister.

Şirketin kuruluşunda kanuna aykırı hareket edilerek alacaklıların ortakların ve kamunun menfaatleri önemli ölçüde tehlikeye düşürülmüş ve ihlal edilmiş olursa mü- dürlerin, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, alacaklının veya pay sahibinin talebi üzerine

şirketin merkeznin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesi şirketin feshine karar verir. (YTTK m. 644-353)

Sonuç

Yeni Türk Ticaret Kanunu limited şirketlere ilişkin olarak 6762 Sayılı TTK'dan çok daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Kanunun limited şirketlere ilişkin olarak getirdiği en önemli yenilik limited şirketi şahıs şirketi olan kolektif şirketlere benzer yönlerinden uzaklaştırması ve anonim şirketlere benzer bir yapılanmaya kavuşturmasıdır.

YTTK özellikle organlarının oluşumu ve işleyişi bakımından limited şirketleri anonim şirketlere benzer bir yapılanmaya tabi tutmuştur. Kanun ortak sayısı ne olursa olsun kanunda yer alan yer alan limited şirketler ortaklar kurulunun toplanmasına ilişkin hükümlerin tüm limited şirketler için uygulanacağını öngörmektedir. Kanun ayrıca hem anonim şirketler hem de ortak sayısı 20 den fazla olan limited şirketler için zorunlu denetim organını kaldırmaktadır.

YTTK'nın şirketler hukukuna ilişkin olarak getirdiği en önemli yenilik tek kişilik limited şirket kurulumuna olanak tanınmasıdır. Böylece limited şirket kurmak isteyen gerçek veya tüzel kişi başka bir ortak almaya gerek duymaksızın bunu gerçekleştirebilecektir. Özellikle işletmesinin yan sanayine ilişkin olarak bir şirket kurmak isteyen şirketler başka bir ortak almaya gerek duymaksızın bunu gerçekleştirebileceklerdir.

Kanunun getirdiği başka bir yenilik limited şirketin asgari sermaye miktarını yükseltmesidir. Mevcut TTK'da yer alan 5000.00 TL lik asgari sermaye miktarı YTTK ile 10.000 TL'ye çıkarılmaktadır. Bu durumun şirket kuruluşunda ciddiyeti sağlayacağı, kabuk şirket kuruluşlarının önleyebileceği söylenebilir.

Ortakların taahhüt ettikleri sermaye payın nakit kısmının başlangıçta peşin olarak ödeneceğini hüküm altına alınmıştır. Ortaklara ek ödeme veya yan edim yükümlülüğünün de öngörülebileceği kanunun limited şirketler hukukuna ilişkin olarak getirdiği bir başka yeniliktir.

KAYNAKÇA

Arslanlı, Halil: Ticaret Kanunu Şerhi Limited Şirketler, İstanbul, 1963.

Arslanlı, Halil/Domaniç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, CIII, İstanbul, 1989.

Ayhan, Rıza: Limited Şirkette Ortakların Sorumluluğu, İstanbul, 1992.

Bilge, Mehmet Emin: Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı, 'Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde', Erişim: <http:// hukuk Erzincan.edu.tr>.

Çevik, Orhan Nuri: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 2003.

Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C II, İstanbul, 2003 s.1379.

Eriş, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, İstanbul, 2007.

İmregün, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1996.

Kayhan, Şaban: Ticaret Hukuku, Ankara, 2007.

Moroğlu Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2005.

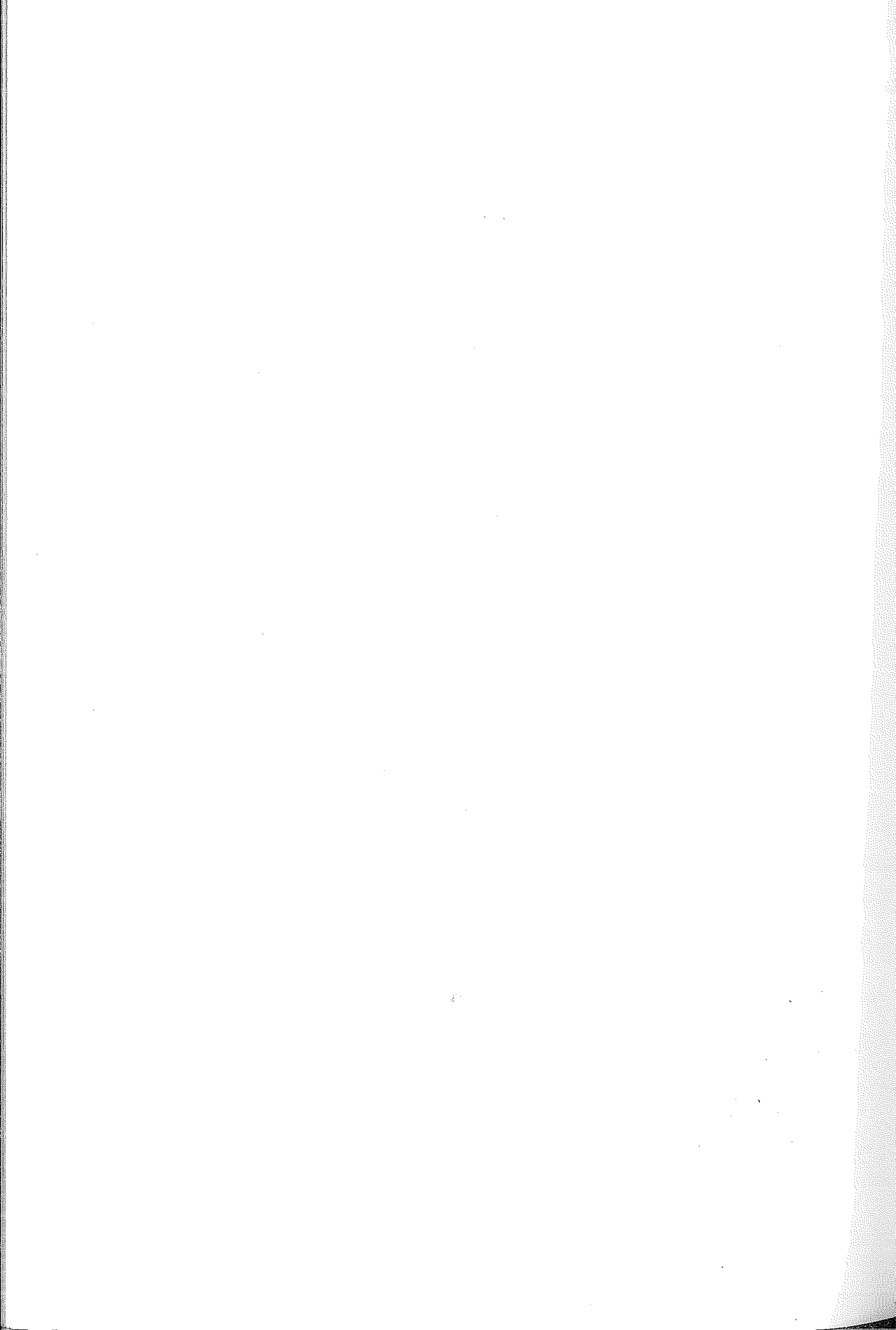
Özkorkut, Korkut: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Şirketlerine Getireceği Yenilik ve Değişiklikler, Yaklaşım, Şubat 2009, S. 195, s. 10 Erişim: <http://www.wcgscenar.org/doc>

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2009.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku, Adana, 2003.

Sayın Onal, Buket: Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, Ankara, 2007.

Yıldız, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, 2007.



ANA HATLARIYLA AVUSTURYA İHTAR PROSEDÜRÜ
(*AN OUTLINE OF ORDER FOR PAYMENT IN AUSTRIA*)

Araş. Gör. Dr. / Res. Asst. Dr. Cenk AKİL*

“Bir kişinin dinlenilmesi hişkimsenin dinlenilmemesidir.”
(*Latince özdeyiş*)

ÖZET

Avusturya ihtar prosedürü 30.000 Avro’ya kadar para alacakları bakımından mecburidir. Bu prosedür ile hem alacağa daha hızlı kavuşulması hem de mahkemele-
rin iş yüklerinin hafifletilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Avusturya medeni yargılama hukuku, icra hukuku, ihtar prosedürü, para alacağı, itiraz.

ABSTRACT

Order for payment is mandatory in Austria in terms of pecuniary claims up to the amount of 30,000 Euros. The aim of this procedure is twofold: to collect the claim quickly and to lighten the workloads of the courts.

Keywords: *Austrian civil procedure law, law of execution, order for payment procedure, pecuniary claim, objection.*

GİRİş

Tarihsel süreç içerisinde yargılama ile icra takibi birbirinden yapısal olarak ayrılmış ve pratik ihtiyaçlar¹ cebri icranın mahkeme dışı organlara aktarılması dışında eş zamanlı olarak yargılamadan bağımsız şekli bir prosedürün oluşturulmasını da zorunlu kılmıřtır². Bunun sonucunda davacı, bir mahkeme kararı olmaksızın da cebri icra talebinde bulunabilme olanağına kavuřmuřtur³.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: akilcenk@yahoo.com

¹ İhtar prosedürü bakımından bu ihtiyaçların başında çekişmesiz talepler hakkında hem mahkeme hem de taraflar açısından mümkün olduğunca hızlı ve basit bir şekilde karara ulaşılması ve böylelikle uzun süren dava prosedüründen kaçınılması gerekliliğinin geldiği söylenebilir. Bkz. Hans W. Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. B., Wien 1990, s. 823.

² Gören Ülkü, İlämsiz İcraya İlişkin Uygulamalar (Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 571-586), s. 571-572.

³ Gören Ülkü, Makale, s. 571-572.

I. İhtar Prosedürünün Kapsamı

Avusturya ihtar prosedürü⁴ 30.000 Avro'ya⁵ kadar⁶ olan para alacakları^{7,8} için geçerli⁹ ve mecburidir¹⁰. Bu yol alacağa daha hızlı ulaşılmasını temin etmekte ve masrafların da azalmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte bu prosedürde sözlülük ilkesinin geri planda kaldığı görülmektedir¹¹. Avusturya ihtar prosedürünün tek dereceli olduğu kabul edilmektedir¹². Buna göre davalının ödeme emrine itiraz etmemesi durumunda ödeme emri kesinleşmekte¹³; kesinleşme ve icra kabiliyeti kendiliğinden yürürlüğe girmektedir¹⁴. Tahkim yargılamasında ihtar prosedürüne başvurulamayacağı kabul

⁴ Avusturya ihtar prosedürünün kökeni 27.4.1873 tarihli İhtar Yasası'na kadar gitmektedir. Bu Yasa ile icra işlemlerinde, hâkimin veya yardımcı adalet memurunun karar vereceği hususlar hariç olmak üzere otomasyona geçilmesi ile bilgisayar desteği sağlanması yolu açılmıştır (Walter Rechberger, Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, Çev.: M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku, s. 1-16), s. 4 altında çeviren notu.

⁵ Buna karşılık Türk hukuku bakımından ilâmsız icra takibinde herhangi bir yasal sınırlama bulunmamaktadır. Bu durumun borçluyu medeni yargılama dışında yürütülen bu prosedür karşısında büyük bir tehdit altında bıraktığı görüşü için bkz. Gören Ülkü, Makale, s. 579.

⁶ Bu meblağa faiz ile yargılama öncesi yapılan masraflar katılmaz (Hans W. Fasching / Andreas Konency, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, C. 3, 2. B, Wien-Manz 2004, s. 337).

⁷ Söz konusu para alacağı ulusal ya da yabancı para alacağı olabilir (Fasching / Konency, s. 339). Buna karşılık Türk hukukunda yabancı para alacağı ilâmsız icra takibinin konusu olabilirse de aynen istenemez. Bu konuda bkz. Karşı, s. 313; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., İstanbul 2006, s. 181; Hakan Pekantez / Meral Oğuz Atalay / Sungurtekin-Özkan / Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, 8. B., Ankara 2010, s. 149; Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, İcra Hukuku, 4. B., İstanbul 2009, s. 65; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2010, s. 129; İlhan Postacıoğlu / Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, 5. B., İstanbul 2010, s. 139; Timuçin Muşul, İcra Hukuku, 1. B., İstanbul 2001, s. 217; Saim Üstündağ, İcra Hukuku Esasları, 8. B., İstanbul 2004, s. 109. Alman hukukunda da yabancı para alacakları Avro'ya çevrilmek suretiyle ihtar prosedürüne konu kılınabilmektedir (Gören Ülkü, Kitap, s. 148).

⁸ Para alacağının yanı sıra aynı zamanda paradan başka bir şey de talep ediliyor ise ihtar prosedürü işletilemez (Nazlı Gören Ülkü, İcra Hukukunda Ödeme Emri, İstanbul 2008, s. 157).

⁹ Avusturya ihtar prosedürü Türk hukukundaki ilâmsız icra yoluna benzer özellikler taşımaktadır. İlâmsız icra yolu İcra ve İflas Kanunu'nun üçüncü babında m. 42 vd.'da düzenlenmiştir. Türk hukukunda ilâmsız icranın konusunu bir miktar paranın ödenmesi veya bir teminatın verilmesi oluşturmaktadır. Bkz. Abdurrahim Karşı, Mahnverfahren Usulünün Türk Hukukunda İlâmsız İcra ile Karşılaştırılması (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 311-330), s. 313; Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 12; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 123 vd.; Pekantez / Atalay / Sungurtekin-Özkan / Özekes, s. 51; Postacıoğlu / Altay, s. 138 vd.; Kuru, s. 167 vd.; Muşul, s. 214 vd.; Üstündağ, s. 12. Şu halde Türk hukukundaki ilâmsız icra prosedürünün kapsamının Avusturya hukukuna nazaran biraz daha geniş olduğu söylenebilir.

¹⁰ Fasching / Konency, s. 313; Varol Karaaslan, Avrupa İlâmsız İcra Tüzüğü (İKÜHFD, 2010/1, s. 101-118), s. 104.

¹¹ Fasching / Konency, s. 311.

¹² Karaaslan, s. 104.

¹³ Kesinleşme hem maddi hem şekli bakımdan gerçekleşmektedir (Gören Ülkü, Kitap, s. 159). Aynı sonuç Alman hukuku bakımından da geçerlidir (Karşı, s. 317).

¹⁴ Fasching / Konency, s. 312.

edilmektedir. Çünkü davalıya daha evvelden dinlenilme hakkı temin edilmesi zorunludur¹⁵.

Avusturya ihtar prosedürüne üçüncü bir kişiye ödeme yapılabilmesi için de başvurulabilir¹⁶. Buna karşılık, seçimlik alacağın ihtar prosedürünün konusunu oluşturmayacağı, zira bu durumda talebin öncelikle para alacağına inhisar ettirilmiş olmadığı, buna karşılık taleplerden birinin para alacağı olmadığı ve fakat asıl talebin münhasıran para alacağı olduğu kademeli taleplerin ihtar prosedürüne konu teşkil edebileceği kabul edilmektedir¹⁷.

II. İhtar Prosedüründe Görev ve Yetki

Avusturya ihtar prosedürü Alman ihtar prosedürü¹⁸ gibi aslında bir dava usulü olarak kabul edilmekte^{19,20} olup hem tek hâkimli ilk derece mahkemesi nezdinde hem asliye hukuk mahkemesi nezdinde hem de iş hukuku meselelerinde uygulama alanı bulmaktadır^{21, 22}. Avusturya İş ve Sosyal Güvenlik Yasası uyarınca iş hukuku ve sosyal güvenlik meselelerinde tek hâkimli ilk derece mahkemesi nezdinde yürütülen ihtar prosedürüne ilişkin hükümler geçerlidir²³. İlamsız icra işleri yardımcı adalet memurları tarafından yerine getirilmektedir.

III. Elektronik İhtar Prosedürü

İhtar prosedürü AMUY m. 250 vd. uyarınca elektronik veri iletim sistemi ile icra edilebilir^{24, 25, 26}. Bu kapsamda davacının ihtar prosedürüne başvururken²⁷ yararlanması

¹⁵ Fasching / Konency, s. 324.

¹⁶ Fasching / Konency, s. 341.

¹⁷ Fasching / Konency, s. 341.

¹⁸ Alman ihtar prosedürü hakkında geniş bilgi için bkz. Karşlı, s. 313.

¹⁹ Bundan dolayı ihtar prosedüründe de dava şartlarının mevcudiyeti re'sen göz önünde tutulacaktır. Diğer bir deyişle, davalı bu konuda itirazda bulunmakla yükümlü değildir.

²⁰ Nitekim ihtar prosedürü kapsamında ödeme emrinin çıkartılmasından sonra dahi karar kesinleşinceye kadar davanın geri alınabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Fasching / Konency, s. 350. Dava, ödeme emri çıkartılmadan geri alınırsa ödeme emri çıkartılmaz. Buna karşılık, dava, ödeme emrinin çıkartılmasından sonra ve fakat itiraz yoluna başvurulmadan önce geri alınırsa ödeme emrinin hükümsüz kaldığı yönünde karar verilir (Fasching / Konency, s. 353).

²¹ Türk hukukunda ise ilâmsız icra yolu icra dairesine yapılan başvuru ile başlar. Yetkili icra dairesinin hangisi olduğu İİK m. 50 uyarınca belirlenir. Daha fazla bilgi için bkz. Postacıoğlu / Altay, s. 124 vd.; Karşlı, s. 314; Kuru, s. 155 vd.; Muşul, s. 221 vd.; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin-Özkan / Özekes, s. 152 vd.; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 113 vd.; Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 45.

²² Avusturya hukukunda Türk hukukundan farklı olarak bağımsız bir icra teşkilatı yer almamaktadır.

²³ Walter H. Rechberger / Daphne-sterreichischen Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren, 7. B., Wien, Manz 2009, s. 355; Fasching, s. 824. İş hukuku meselelerinde ödeme emri – yardımcı adalet memurunun yetkileri mahfuz kalmak üzere- başkan tarafından hazırlanır (AİSGY m. 56).

²⁴ Avusturya hukukunda 1983 yılında Zivilverfahrens-Novelle ile ihtar prosedüründe otomasyona geçilebilmesi için gerekli yasal çerçeve belirlenmiştir (Fasching, s. 829).

²⁵ Nitekim davalılar tarafından ödeme emrine yapılan itirazların büyük bir bölümü elektronik olarak mahkemeye iletilmektedir (Gören Ülkü, Kitap, s. 159, dn. 599).

için formlar oluşturulmuştur (AMUY m. 250, II). Davacı ihtar prosedürüne basit bir nüshayı tevdi etmek suretiyle başvurabilir (AMUY m. 251/1). Davacının yasada öngörülmuş bulunan formu kullanmaması durumunda bu eksikliği giderebilmesi için uyarınca ekinde bir form da gönderilmek suretiyle düzeltme talimatı (AMUY m. 84) verilir²⁸.

IV. Ödeme Emrinin Caizliği ve Ödeme Emrinin Çıkartılamayacağı Haller

İhtar prosedürüne başvuru şeklen ve genel dava şartlarının²⁹ yanı sıra Avusturya Medeni Usul Yasası m. 244, I ve II'de ödeme emri çıkarılması için aranan özel şartların yerine getirilip getirilmediği bakımından incelenir. Şayet ödeme emrinin çıkarılması AMUY m. 244, II/1 uyarınca caiz değil ise başvuru usulden reddedilir. Avusturya hukukunda benimsenen bu kapsamlı caizlik denetimi öğretilde eleştirilmiştir. Caizlik denetiminin kabulüyle yasa koyucu ihtar prosedürünün ilk kabul edildiği dönemdeki halinden yani talebin ferdileştirilmesini arayan ve fakat onun ayrıca caizlik bakımından denetimini öngörmeyen modelinden uzaklaşmıştır. Caizlik şartının hukuk politikası bakımından ne derece isabetli olduğu konusu bir yana bu denetimi yapacak olan yardımcı adalet memurunun hukuk bilgisinin bu denetim için ne ölçüde yeterli olacağı da şüphelidir. Bunun yanı sıra caizlik denetiminin çok ciddiye alınması durumunda ihtar prosedürü ile mahkemelerin iş yüklerinin azaltılmasına yönelik hedeften de uzaklaşmış olunacaktır³⁰.

Ödeme emrinin çıkartılması AMUY m. 244, II/1 uyarınca caiz değil ise dava usulden reddedilir. Başvurunun mesmu olmaması durumunda düzeltme emri verilir. Bunun dışında ihtar prosedürüne yapılan başvurunun caiz olmadığı diğer tüm hallerde olağan yargılamaya geçilir. Yani tek hâkimli ilk derece mahkemesi ile iş hukuku meselelerinde duruşma günü verilir³¹; asliye hukuk mahkemesi nezdinde yürütülen ihtar prosedüründe ise davalıya davaya cevap vermesi gerektiği bildirilir. Başvuruda şekli bir eksikliğin bulunması durumunda ise düzeltme talimatı verilir. Buna karşılık, ödeme emrinin çıkartılması için gerekli olan tüm koşullar mevcut ise daha evvel bir du-

²⁶ Alman hukukunda da icra takibine elektronik veri iletim sistemiyle başvurulması mümkündür (Karşlı, s. 326).

²⁷ İhtar prosedürü de ilke olarak davalarla aynı kurallara tâbi olduğundan, bu prosedüre başvurulmasıyla da zamanışımının kesileceği hakkında bkz. Fasching / Konency, s. 319. Alman hukuku bakımından bkz. Karşlı, s. 323.

²⁸ Elektronik ihtar prosedürü hakkında daha fazla bilgi için bkz. Fasching, s. 829 vd.

²⁹ Alman hukukunda da icra takibinin kabul edilebilir olması için genel dava şartlarının mevcut olması gerekir (Karşlı, s. 320).

³⁰ Fasching / Konency, s. 343.

³¹ İhtar prosedüründe duruşma gününün tayinine kadar yardımcı adalet memuru görevlidir. Bkz. Fasching / Konency, s. 324. Ödeme emrinin çıkartılması için gerekli şartların mevcut olup olmadığı ve başvurunun mesmu olup olmadığının denetimi de yardımcı adalet memuruna düşmektedir. Fakat mesmu olmama her halükarda başvurunun reddine yol açmayacağından ve davanın reddi sözlü yargılamanın icrasını şart kıldığından yardımcı adalet memuru, davayı caiz kabul etmezse ya da başka sebeplerden dolayı duruşma tayinini gerekli görürse, usule ilişkin bir karar vermeden davayı hâkime tevdi eder. Bkz. Fasching / Konency, s. 325.

ruşma yapılmadan ve davalı taraf dinlenmeden ödeme emri çıkartılır (AMUY m. 244, I).

Ödeme emrinin çıkartılmasından önce talebin caiz olup olmadığı ve her şeyden önce emredici hukuka aykırı düşüp düşmediği incelenir. İleri sürülen talebin mevcut olmadığı dava dilekçesinde ileri sürülen bilgilerden anlaşılmakta ise yahut aşikâr ise ödeme emri çıkartılmaz³². Bunun gibi ihtar prosedürüne konu kılınan alacağın muaccel olmadığı anlaşılıyorsa bu durumda da ödeme emrinin çıkartılmayacağı kabul edilmektedir³³.

Ödeme emrinin çıkartılmayacağı³⁴ haller m. 244'de düzenlenmiştir. Buna göre şu hallerde ödeme emri çıkartılmaz:

- Faiz ve harçlar dışında dava ile istenen alacak miktarı 30.000 Avroyu aşmakta ise,
- Dava, salt bir para alacağının ödenmesine ilişkin değil ise,
- Bir *Zahlungsauftrag*³⁵ çıkartılmayacak ise,
- Dava görev ya da yetki nedeniyle reddedilmişse,
- Dava dilekçesinde verilen bilgilere göre takip konusu alacak açıkça dava edilebilir nitelikte ya da muaccel değilse yahut ifası karşı edimin ifasına bağlı ise³⁶,
- Davalının oturum yeri belli değilse,
- Davalının yerleşim yeri, mutat meskeni yahut sakin olduğu yer yabancı ülkede ise^{37, 38},
- Dava mesmu değil ise.

V. Ödeme Emrinin İçeriği

Ödeme emrinin düzenlenebilmesi için talebin geçerli bir belgeye dayanması aranmadığı gibi davalının gönderilecek ödeme emrine itiraz etme ihtimalinin yüksek olması

³² Fasching / Konency, s. 344.

³³ Fasching / Konency, s. 345.

³⁴ Ödeme emrinin çıkartılması gerekirken çıkartılmaması durumunda ise yardımcı adalet memurunun sorumluluğuna gidilebilecektir (Fasching / Konency, s. 336).

³⁵ Avusturya hukukunda ihtar prosedürünün dışında bir de "*Mandats-und Wechselmandatsverfahren*" kurumu mevcuttur. Bu prosedürü, hızlandırılmış ve basit bir prosedürdür. Çünkü burada hak, nitelikli belgeler ile ortaya konmaktadır. Bu prosedürde mahkeme, davaya ve ibraz edilen kambiyo senedine ilişkin bir kontrolün ardından "*Zahlungsauftrag*" düzenlemektedir. Bu prosedürün ihtar prosedüründen farkı davacının *Zahlungsauftrag*'ın düzenlenmesinden sonra, herhangi bir tehdit şartı aranmaksızın, teminat verilmesi talebinde bulunabilmesidir. Ayrıca bu prosedürde, davacının *Zahlungsauftrag*'ın düzenlenmesi için talepte bulunması gerekir ve bu talebin reddi durumunda bu karara karşı yasa yoluna başvurulabilir (Gören Ülkü, Kitap, s. 157, dn. 585).

³⁶ Aynı koşul Alman hukuku bakımından da geçerlidir (Karslı, s. 313).

³⁷ Bu kuralın konuluş amacı davalının korunmasıdır. Tarihi olarak ise bu kural münhasıran dava ekonomisi düşüncesiyle kabul edilmiştir. Zira mevcut olmayan bir davalı için kayyım atanması gerekecek; atanacak kayyım ise her defasında itirazda bulunmak mecburiyetinde kalacaktır. Bu durumda ise ödeme emrinin çıkartılması ile alacaklının alacağına bir an önce kavuşması hedefi sekteye uğrayacaktır (Fasching / Konency, s. 345).

³⁸ Davalının yerleşim yerine ilişkin olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunması cezai sorumluluğunu gerektirir (AMUY m. 245).

da önem taşımaz. Çünkü davacı tarafından takip konusu yapılan hakkın gerçekte mevcut olup olmadığı, ancak davalının itirazı üzerine inceleme konusu yapılacaktır³⁹.

AMUY m. 246 uyarınca ödeme emri⁴⁰ şu kayıtları içermelidir:

- “Şartlı Ödeme Emri” başlığını,

- Davalının ödeme emrinin tebliğinden itibaren 14 gün içinde borcunu faiz ve masraflarla birlikte ödemesi, ileri sürülen talebe karşı koymakta ise itirazını ödeme emrinin tebliğinden itibaren dört hafta içinde ileri sürmesi; şayet ödeme emrinde pek çok alacak ileri sürülmüşse, bunlara yine bu şekilde itiraz edilmesi gerektiğini⁴¹;

- Ödeme emrinin sadece itiraz ile hükümden düşürülebileceği;

- Asliye hukuk mahkemesi nezdinde yürütülen ihtar prosedürü bakımından itirazın cevap layihasının sahip olduğu içeriğe sahip olması gerektiği ve bir avukatla temsil olunması mecburiyetini,

- İtiraz edilmesi durumunda olağan yargılamaya geçileceği⁴² kaydını⁴³.

Son kayıt nedeniyle davanın başlamasının davalının inisiyatifine terk edilmiş olduğu söylenebilir. Bununla birlikte taraf rollerinde yahut ispat yükünde herhangi bir değişiklik gerçekleşmemektedir⁴⁴.

Ödeme emri kısaltılmış formda ve bir dava nüshasının ya da bir başlığın kullanılmasıyla tanzim edilebilir (AMUY m. 247, I). Ödeme emri davalıya daima tebliğ edilir. Tebliğ ile uyumsuzluk derdest hale gelir. Ödeme emrine karşı yasa yoluna ancak ödeme emrinin içerdiği yargılama masrafları bakımından başvurulabilir (AMUY m. 247, III).

Ödeme emrine sadece itiraz ile karşı konulabilir (AMUY m. 246/3; 248 vd.)⁴⁵. Davalı süresi içerisinde itiraz etmezse, ödeme emri kesinleşir⁴⁶ ve icrası kabil hale

³⁹ Gören Ülkü, Kitap, s. 156.

⁴⁰ Türk hukukunda ödeme emrinde bulunması gereken kayıtlar İİK m. 60'da şu şekilde gösterilmiştir: 1. 58 inci maddeye göre takip talebine yazılması lazım gelen kayıtları, 2. Borcun ve masrafların yedi gün içinde ödenmesi, borç teminat verilmesi mükellefiyeti ise teminatın bu süre içinde gösterilmesi ihtarını, 3. Takibin dayandığı senet altındaki imza kendisine ait değilse yine bu yedi gün içinde bu cihetin ayrıca ve açıkça bildirilmesi; aksi halde icra takibinde senedin kendisinden sadır sayılacağı, senet altındaki imzayı reddettiği takdirde merci önünde yapılacak duruşmada hazır bulunması; buna uymazsa vaki itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verileceği. Borcun tamamına veya bir kısmına yahut alacaklının takibat icrası hakkında dair bir itirazı varsa bunu da aynı süre içinde beyan etmesi ihtarını, 4. Senet veya borca itirazını bildirmedeği takdirde yukarıda yazılı yedi günlük süre içinde 74 üncü maddeye göre mal beyanında bulunması ve bulunmazsa hapisle tazyik olunacağı; mal beyanında bulunmaz veya hakikate aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı ihtarını, 5. Borç ödenmez veya itiraz olunmazsa cebri icraya devam edileceği beyanını, ihtiva eder. Alman hukukunda ihtar prosedüründe düzenlenecek ödeme emrinde bulunması gereken kayıtlar hakkında bkz. Karşlı, s. 320.

⁴¹ Ödeme emrinde söz konusu kayıtların yer almaması herhangi bir müeyyideyi gerektirmediği gibi davalı bu eksikliğe dayanarak eski hale getirme talebinde de bulunamaz. Çünkü davalının, yetkili mahkemeye başvurarak bilgi edinme yükümlülüğü bulunmaktadır (Gören Ülkü, Kitap, s. 158).

⁴² Alman hukukunda da borçlu kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz edince takibin çekişmeli yargı halini alacağı kabul edilmektedir (Karşlı, s. 316).

⁴³ Avusturya hukukunda davalının ödeme emrine itiraz etmesi durumunda ihtar prosedürü sona ermekte ve olağan yargılama aşaması başlamaktadır. Buna karşılık İsviçre-Türk hukuk düzeninde ise her ne kadar itiraz yoluna başvurulması takibi durdurmakta ise de takip sona ermemektedir (Gören Ülkü, s. 581).

⁴⁴ Fasching / Konency, s. 312.

gelir⁴⁷. İtiraz edilmemiş ödeme emri bir mahkeme ilâmı gibi (onun *sürrogatı* olarak) kabul edilir ve ödeme emri bu niteliği kazandıktan sonra, karar, otuz yıllık zamanaşımı süresi içerisinde icra edilebilir⁴⁸.

VI. Ödeme Emrine İtiraz

Davalının ödeme emrine karşı koymasını sağlayan hukuki bir yol olan itiraza⁴⁹ başvurulması üzerine⁵⁰ mahkeme öncelikle bu başvurunun caiz olup olmadığını, başvurunun süre içerisinde ve yetkili bir kişi tarafından yapıp yapılmadığını inceler⁵¹. Eğer bu şartlardan birinde eksiklik var ise mahkeme başvuruyu ara kararı ile reddeder. Bu karara karşı yasa yoluna (*Rekurs*) başvurulabilir⁵². Bununla birlikte, davalının süresi içerisinde yazılı olarak yaptığı başvurudan onun niyetinin ne olduğu anlaşılamiyorsa bu durumda mahkeme davalıya belli bir süre tayin ederek başvurusunu düzeltme emri (AMUY m. 84, III) verir. İşte ancak verilen bu süre içerisinde eksiklerin tamamlanması durumunda başvuru reddedilir⁵³.

İtiraz davacının iddiasına karşı verilmiş bir cevap layihası hükmünde değildir. Bu nedenle olağan yargılama aşamasında duruşmaya katılmayan davalıya karşı gıyap kurumu işletilebilmektedir⁵⁴.

Asliye hukuk mahkemeleri bakımından itiraz yazılı olarak yapılır ve cevap dilekçesinin unsurlarını taşımak zorundadır. Ayrıca, avukatla temsil zorunluluğuna tabidir. İtiraz dilekçesinde avukatının imzasının yer almaması ya da cevap dilekçesinde bulunması gereken unsurlarda eksiklik bulunması durumunda bu eksiklikler AMUY m. 84 ve 85 uyarınca düzeltilir.

İtiraz süresi dört hafta^{55, 56} olup; süre ödeme emrinin davalıya tebliğiyle başlar. Süre uzatılmaz fakat sürenin kaçırılması durumunda eski hale iade yoluna başvuru-

⁴⁵ Diğer bir deyişle olağan yasa yollarına başvuramaz (Fasching, s. 827).

⁴⁶ Bu halde yasa da aranan şartların gerçekleşmesi durumunda yargılamanın iadesi yoluna başvurulması mümkündür. Fasching, s. 827. Alman hukuku bakımından bkz. Karşı, s. 329. Türk hukukunda ise süresinde itiraz edilmeyen ödeme emri kesinleşir ise de bu halde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkün değildir. Zira yargılamanın yenilenmesi yoluna ancak maddi anlamda kesinleşmiş bulunan kararlara karşı gidilebilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ramazan Arslan, *Medeni Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara 1977, s. 71.

⁴⁷ Fasching, s. 824. Aynı sonuç Alman hukuku bakımından da geçerlidir. Bkz. Karşı, s. 329.

⁴⁸ Gören Ülkü, *Kitap*, s. 159.

⁴⁹ Rechberger / Simotta, s. 357. İtirazın *sui generis* bir yol olup, tek fonksiyonunun ödeme emrini etkisiz hale getirmek ve olağan yargılama prosedürünü başlatmak olduğu hakkında bkz. Gören Ülkü, *Kitap*, s. 158.

⁵⁰ Ödeme emrinin çıkartılmasından sonra da itiraz yoluna başvuruluncaya kadar dava konusu alacağın sınırlandırılabilmesi mümkündür (Fasching / Konency, s. 352).

⁵¹ Fasching, s. 829.

⁵² Fasching, s. 829.

⁵³ Fasching, s. 829.

⁵⁴ Gören Ülkü, *Kitap*, s. 158.

⁵⁵ Türk hukukunda ise itiraz süresi 7 gündür (İİK m. 62, I).

⁵⁶ Alman hukukunda bu süre iki hafta olarak belirlenmiştir (Karşı, s. 324).

bilir⁵⁷. Davalı davacının alacağına sadece bir kısmına karşı itiraz ettiğini açıkça belirtmediği müddetçe itiraz yoluna başvurusuyla birlikte ilâmsız icra takibi otomatik olarak sona erer ve AMUY m. 257 ve devamı maddelerince cereyan edecek olan olağan yargılama başlar⁵⁸ ve sözlü yargılama için duruşma günü tayin olunur⁵⁹.

Asliye hukuk mahkemesi nezdinde yürütülen ihtar prosedürüne karşı yapılan itiraz da dava açılması anlamına gelir. Bundan dolayı, madde ve yer bakımından yetkisizlik davalının bunu itiraz olarak ileri sürmemesiyle ortadan kalkar, yani giderilmiş olur (AMUY m. 240). Süresinden sonra yapılan itiraz dosya üzerinden ara kararı ile reddedilir (AMUY m. 249, I, son c.)⁶⁰.

İtiraz başvurusu tıpkı istinaf başvurusu gibi geri alınabilir. İtiraz başvurusunun geri alınmasıyla ödeme emri kesinleşir⁶¹ ve icrası kabil hale gelir. Bu durumda davalı masrafları ödemekle yükümlü tutulur⁶².

İtiraz yoluna davalı başvurabilir. İhtiyari dava arkadaşlığında itiraz ancak bu yolla başvuran bakımından sonuç doğurur. Buna karşılık mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşlarından birinin itirazı ödeme emrini tümüyle hükümden düşürür. Ödeme emrinin davalıya tebliğinden önce davacı ile davalı arasında derdest bir davadan bahsedilemeyeceğinden fer'i müdahilin ancak tebliğ anından itibaren itiraz yoluna başvurabileceği kabul edilmektedir⁶³.

İtiraz edilmiş (ve başvuru geri alınmamışsa) mahkeme itiraz dilekçesinin bir nüshasını davacıya tebliğ eder ve aynı zamanda sözlü yargılamayı emreder (AMUY m. 452, II; 440 vd.). Bu durumda duruşma günü tayin edilmez. Çünkü ihtar prosedürü böyle bir usulün gerekliliklerini fazlasıyla yerine getirmektedir. Bundan dolayı sözlü yargılamanın başında ilk duruşmada ileri sürülebilecek itiraz ve talepler dermeyeran edilebilir. Davalının yahut davalının sözlü yargılama için tayin edilen duruşmaya katılmaması durumunda karşı tarafın talebi üzerine AMUY m. 442, I uyarınca gıyap hükmü verilir⁶⁴.

⁵⁷ Rechberger / Simotta, s. 358. Eski hale iade başvurusunun kabul edilmesiyle birlikte ödeme emrinin otomatik olarak hükümsüz hale geleceği kabul edilmektedir (Fasching, s. 828).

⁵⁸ İşte bu noktada Avusturya sistemi Alman sisteminden ayrılmaktadır. Çünkü Alman hukukunda ödeme emrine itiraz edilmesi ile medeni yargılama kendiliğinden başlamaz. Bu yönde bir talebin varlığı gereklidir (Gören Ülkü, Kitap, s. 160, dn. 601).

⁵⁹ Rechberger / Simotta, s. 358.

⁶⁰ Rechberger / Simotta, s. 358.

⁶¹ Fasching, s. 828.

⁶² Rechberger / Simotta, s. 358.

⁶³ Fasching, s. 828. Buna karşılık Türk hukukunda icra takibinde ortada derdest bir dava olmadığı gerekçesiyle fer'i müdahalede bulunulamayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık icra takibi sırasında açılan ve görülmekte olan davalara fer'i müdahil olarak katılmak mümkündür (Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, İzmir 1992, s. 68).

⁶⁴ Fasching, s. 829.

VII. Tek Hâkimli İlk Derece Mahkemesi Nezdindeki İhtar Prosedürünün Arz Ettiği Özellikler

Tek hâkimli ilk derece mahkemesi nezdinde yürütülen ihtar prosedürü bakımından şu özellikler mevcuttur (AMUY m. 448)⁶⁵:

- Gerek itirazın yapılması gerekse yapılmış bulunan itirazın geri alınmasında avukatla temsil mecburiyeti bulunmamaktadır (AMUY m. 448, I)⁶⁶.

- İtiraz başvurusunda sebep bildirilmesi zorunlu değildir. Yapılan başvurudan itiraz niyetinin anlaşılması yeterlidir. İtirazın tek hâkimli ilk derece mahkemesi nezdinde yürütülen ihtar prosedüründe arz ettiği bu özellikten dolayı itiraz başvurusu davanın açılması anlamına gelmemektedir.

- İtiraz dilekçeleri basit formda ve başlık konulmaksızın tevdi edilebilir⁶⁷.

- Avukatla temsil edilmeyen davalı kendi yerleşim yerindeki tek hâkimli ilk derece mahkemesinde itirazını sözlü olarak yapıp tutanağa geçirtebilir. Tutulan tutanak gecikmeksizin ilâmsız takibi yürüten mahkemeye gönderilir (AMUY m. 448/2).

- Usulüne uygun itiraz üzerine mahkeme duruşma günü tayin eder (AMUY m. 448/4).

- Madde ve yer bakımından yetkisizliğin davalı tarafından duruşmada esasa girilmeden önce itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Salt itirazda bulunulmasıyla bu hususlar ileri sürülmüş sayılmaz. Zira itiraz başvurusu tek başına davanın açıldığı anlamına gelmez.

Şüphe halinde itirazın alacağın tümüne karşı yapıldığı kabul edilir. Bununla birlikte, birden fazla talebin ileri sürülmesi durumunda bunlardan birine veya bazılarına yahut tek bir talebin bir kısmına da itiraz edilmesi, diğer bir deyişle kısmi itirazda bulunulması da mümkündür⁶⁸. İtiraz başvurusundan tıpkı yasa yolu başvurusundakilerle aynı şartlar altında (AMUY m. 472) feragat edilmesi mümkündür⁶⁹.

VIII. Ödeme Emrinin Düzenlenmesinde Yapılan Hilelere Karşı Alınacak Tedbirler

İhtar prosedürüne başvuru esnasında verilen bilgilerle ilgili olarak sınırlı bir inceleme yapıldığından tarafların gerçeğe aykırı bilgi vermesini önlemek amacıyla hem Ceza Yasası'nda hem de Usul Yasası'nda bir takım müeyyideler öngörülmüştür. Buna göre ihtar prosedürünün kötüye kullanılarak gerçeğe aykırı bilgi verilmesi durumunda ilgili taraf ACY m. 146 vd. uyarınca cezalandırılacaktır. Bundan başka taraflardan birinin gerçeğe aykırı yahut eksik bilgi vermek suretiyle ödeme emrinin çıkartılması konusunda hile yapması ya da hileye teşebbüs etmesi durumunda bu taraf en az 70 Avro para cezasına çarptırılır (AMUY m. 245, I). Mahkeme dava dilekçesinde verilen bilgilerden ödeme emrinin hileyle çıkartılmış olduğu kanısına ulaşırsa, bu kanısını ortadan kaldıracak maddi (olgusal) bilgilerin verilmesini emretmek suretiyle davayı erteleyebi-

⁶⁵ Rechberger / Simotta, s. 358.

⁶⁶ Rechberger / Simotta, s. 358; Fasching, s. 828.

⁶⁷ Fasching, s. 828.

⁶⁸ Fasching, s. 828. Türk hukukunda da borçlunun kısmi itirazda bulunması mümkündür (İİK m. 62, IV). Benzer şekilde Alman hukukunda da borçlunun kısmi itirazda bulunabileceği kabul edilmiştir (Karlı, s. 325).

⁶⁹ Fasching, s. 828.

lir. Mahkemenin böyle bir kararına karşı münferit bir yasa yolu başvurusu caiz değildir (AMUY m. 245, IV). Şayet mahkeme, daha önce bu durumun olumsuz sonuçları hakkında tarafı ikaz etmesine rağmen, taraf bu emre riayet etmezse, derdest yahut yeniden açılmış bulunan davayı reddedebilir (AMUY m. 245, III)⁷⁰.

IX. İhtar Prosedürünün Hukuki Dinlenilme Hakkı ile İlişkisi

İhtar prosedürü alacaklının yapacağı başvuru ve vereceği bilgi üzerine başlatılmaktadır. Bu bakımdan bu usulün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da yer alan hukuki dinlenilme hakkını ihlal edip etmediği sorusu akla gelmektedir. Avusturya hukuk öğretisinde AİHS m. 6 ile güvence altına alınmış olan hukuki dinlenilme hakkının⁷¹ muhakkak ilk kararının verilmesinden önce sağlanmak zorunda olmadığı; aksine ilke olarak yeterli savunma imkânının sonradan sağlanmasının da yeterli olduğu; ödeme emrine itiraz edilebilme imkânı ve bunun neticesinde olağan yargılamanın başlaması ve ileri sürülen talep hakkında kapsamlı bir incelemenin yapılması nedeniyle bu prosedürün AİHS m. 6 ile uyum içerisinde olduğu, zira hukuki dinlenilme hakkının tarafın kendi görüşünü ileri sürebilmesine imkân tanınmasını gerektirdiği, yoksa buna ilaveten yargılamaya maddi olarak katılmayı da gerektirmediği gerekçesiyle ihtar prosedürünün hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmediği sonucuna varılmaktadır⁷².

SONUÇ

Avusturya ihtar prosedürü bir mahkeme kararı olmaksızın cebri icraya girişilebilmesini mümkün kılmaktadır. Ne ki, Avusturya ihtar prosedürü bağımsız bir kimliğe sahip olmayıp, medeni yargılamanın bir parçası olarak düzenlenmiştir. Ödeme emrine karşı itiraz yolu ile şartları mevcut ise eski hale iade yolu dışında herhangi bir hukuki çarenin öngörülmemiş olması Avusturya sistemini Türk sisteminden ayırmaktadır. Davalıya kendisini savunmak için son derece kısıtlı imkânlar tanınmasının altında yatan düşüncenin bu prosedürün belli bir meblağa kadar kabul edilmesi ve itiraz yoluna başvurunun basit bir takım şartlara bağlanması olduğu söylenebilir⁷³.

KISALTMALAR CETVELİ

ACY	: Avusturya Ceza Yasası
AİSGY	: Avusturya İş ve Sosyal Güvenlik Yasası
AMUY	: Avusturya Medeni Usul Yasası
B.	: Baskı
C.	: Cilt
c.	: cümle
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: madde

⁷⁰ Rechberger / Simotta, s. 359.

⁷¹ İcra ve iflâs hukuku bakımından hukuki dinlenilme hakkı hakkında geniş bilgi için bkz. Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 234 vd.

⁷² Fasching / Konency, s. 317; Gören Ülkü, Kitap, s. 159.

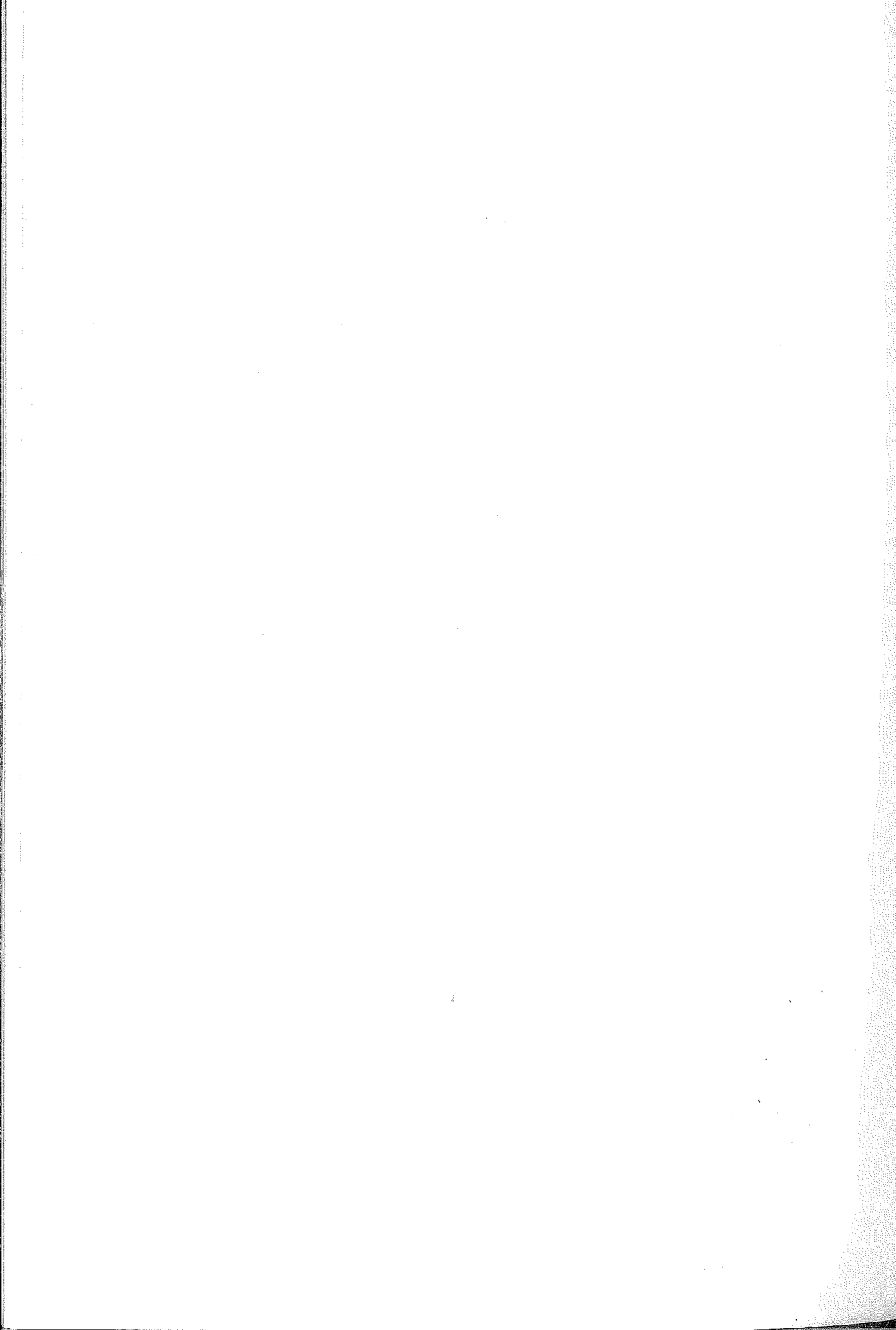
⁷³ Gören Ülkü, Kitap, s. 160-161.

s. : sayfa
vd. : ve devamı

KAYNAKÇA

- Abdurrahim Karşlı, Mahnverfahren Usulünün Türk Hukukunda İlämsiz İcra ile Karşılaştırılması (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 311-330).
- Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2010.
- Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., İstanbul 2006.
- Hakan Pekcanitez / Meral Oğuz Atalay / Sungurtekin-Özkan / Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, 8. B., Ankara 2010.
- Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, İzmir 1992.
- Hans W. Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. B., Wien 1990.
- İlhan Postacıoğlu / Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, 5. B., İstanbul 2010.
- Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, İcra Hukuku, 4. B., İstanbul 2009.
- Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara 2003.
- Nazlı Gören Ülkü, İcra Hukukunda Ödeme Emri, İstanbul 2008.
- Nazlı Gören Ülkü, İlämsiz İcra İlişkin Uygulamalar (Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 571-586).
- Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.
- Saim Üstündağ, İcra Hukuku Esasları, 8. B., İstanbul 2004.
- Timuçin Muşul, İcra Hukuku, 1. B., İstanbul 2001.
- Varol Karaaslan, Avrupa İlämsiz İcra Tüzüğü (İKÜHFD, 2010/1, s. 101-118).
- Walter Rechberger, Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, Çev.: M. Kamil Yıldırım (İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 5. B, İstanbul 2006, s. 1-16).

sterreichischen Zivilprozessrechts : Erkenntnisverfahren, 7. B., Wien, Manz 2009.



TÜRK HUKUKUNDA ANNE VE BABASI EVLİ OLAN ÇOCUĞUN SOYADI VE UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

(THE SURNAME OF THE CHILD WHOES PARENTS ARE MARRIED IN TURKISH LAW
AND RELATAD PROBLEMS IN PRACTICE)

Araş. Gör. Dr. / Res. Asst. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR*

ÖZET

Bu çalışmada, Türk Medeni Kanunu md. 321 c. 1'deki ana ve baba evli ise çocuk ailenin soyadını taşır, kuralı incelenmektedir. Bu çerçevede, öncelikle ana ve babası evli olan çocukların kimler olduğu, aile soyadı kavramının neyi ifade ettiği açıklanmıştır. Daha sonra ise, TMK md. 321 c. 1'deki kuralın, MK md. 27 f. 1 çerçevesinde istisnasının olup olmadığı, öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, aile soyadı, soyadının değiştirilmesi.

ABSTRACT

In this article the author discusses the Turkish Civil Code ("TCC") Art. 321 s. 1, which provides that the child bear the surname of the family rule. The author examines the meaning of the statement "the child whose parents are married" and the concept of family surname. The author also examines whether 27/1 TCC is the exception of Art. 321 s. 1 TCC in the framework of different opinions and Turkish High Court decisions.

Keywords: Child, family surname, changes of the surname.

I. Genel Olarak

Soyadı, hem özel hayatta hem de kamusal hayatta doğan birtakım gereksinimleri karşılayan, öz ad ile birlikte kullanılması zorunlu olan bir addır. Soyadı öğretide, belirli bir ailenin (soyun) bireylerini diğer ailenin (soyun) bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen ad olarak tanımlanmaktadır¹. Soyadının çeşitli işlevleri vardır. Bunların başında, soyadının kişinin bir aileye bağlılığını ve diğer aile bireylerinden ayırt edilmesini sağlayarak, bu anlamda sosyal düzeni ve ailenin birliğini ve süreklili-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: arzuaridemir@hotmail.com

¹ Yıldız Abik, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.31. Benzer tanım için bkz. Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 10. Bası, İstanbul 2010, s. 95. Dural/Öğüz ise, soyadını, "aynı aileden gelen fertleri, diğer ailelerden gelen fertlerden ayırmaya yarayan ad" olarak tanımlamış ve "kuşaktan kuşağa" geçme koşuluna ayrıca yer vermemiştir. (Bkz. Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2011, s.157).

ğini sağlaması gelmektedir². Günümüzdeki işlevi ve toplumsal hayattaki kullanım şekilleri göz önüne alındığında ise, soyadı kişinin ait olduğu aileyi diğer ailelerden ayırmanın dışında, kişiliğinin bir parçası olarak bireyi tanıtmaya ve onu diğer bireylerden ayırmaya yaramaktadır³. Bu nedenledir ki, soyadı kişinin yaşamıyla özdeşleşmiştir ve kişilik hakkının bir parçasıdır⁴. Kişinin soyadı üzerindeki hakkı, devredilemeyen, mirasla intikal etmeyen, feragat edilemeyen kişiye sıkı suretle bağlı bir haktır⁵.

Soyadı, soybağının kurulmasıyla, evlenmeyle veya idari kararlarla kazanılabilir. Bu çalışmada, soyadının soybağıyla kurulması açısından, anne ve babası evli olan çocukların soyadını kazanması hakkındaki kural ve istisnalar incelenecektir⁶. Anne ve babası evli olan çocukların soyadını kazanması hakkında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te⁷ ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nda çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler uyarınca, anne ve babası evli olan çocuklar, ailenin soyadını taşıyacaktır. Bu kuralların emredici kurallardan olması dolayısıyla özellikle TMK md.27 f.1 uyarınca haklı nedenle ve mahkeme kararı ile değiştirilebilmesinin ve çocuğa aile soyadı dışında başka bir soyadının verilmesinin mümkün olup olmadığı da gerek yargı kararlarında gerek öğretide tartışılmaktadır. Bu tartışmanın temelinde, soyadının değiştirilemezliği konusundaki kamunun menfaati ile çocuğun menfaatinin ve soyadı üzerindeki hakkının korunması karşılaştırıldığında hangisinin üstün tutulması gerekeceği sorunu yatmaktadır.

Çalışmada, öncelikle, anne ve babası evli olan çocukların kimler olduğu soybağı hukukuna ilişkin hükümler çerçevesinde incelenecek ve bu çocukların soyadı hakkındaki ana kural belirlenecektir. Daha sonra ise söz konusu kuralın Türk Hukuku bakımından istisnasının bulunup bulunmadığı araştırılarak, çeşitli ihtimallere göre değerlendirmeler yapılacaktır.

² Roland Bühler, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 3. Auf., Herausgeber: Honsell/Vogt/Geiser, Helbing § Lichtenhahn, Basel,Genf,München, 2006, Art.270, N.2; Roland Bühler, Kommentar zum Namensrecht, <http://www.jusfind.ch.de/kommentar-namensrecht.html> (Çevirimiçi: 25.5.2011), Art.270, N.2; Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, B.II, 2. Abteilung, 2. Teilband, Lieferung I, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art.270-275 ZGB, Verlag Staempfli & Cie AG, Bern 1991, Art.270, N 10; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht, 4. Auf., Staempfli Verlag, Bern 2010, s.61; Dural/Öğüz, s.158; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2010, s.133; Nazan Moroğlu, Kadının Soyadı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s.32 vd.; Mario M. Pedrazzini/ Niklaus Oberholzer, Grundriss des Personenrecht, Verlag Staempfli & Cie AG Bern 1993, s. 181; Abik, s.47 vd.; Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul 2000, s.165.

³ Y.18. HD., 2005/6553-7404, 12.7.2005 (Kazancı İhtihat Bankası).

⁴ Hegnauer, Art.270, N.7; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, 7. Bası, Beta, İstanbul 2009, s.432.

⁵ Bühler, Basler Kommentar, Art.270, N.3; Bühler, Kommentar zum Namensrecht, Art.270, N.3; Dural/Öğüz, s.156; Helvacı, s.133; Oğuzman/ Seliçi/Oktay Özdemir, s.33; Abik, s.37 vd.; Moroğlu, s.34; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s.163.

⁶ Çocuk kavramı ile ifade edilen, henüz erginliğini kazanamamış küçük değil, annesi ve babasıyla hısımlık ilişkisi içinde bulunan, onlara soybağıyla bağlı olan kişidir. Bu anlamda yedi yaşında çocuk olabileceği gibi, yetmiş yaşında da çocuk olabilir. Bkz. Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, §5, N.12, s.146.

⁷ Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve Tarihi: 2006/11081 - 29.9.2006, R.G., 23 Kasım 2006 T., 26355 S. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

II. Anne ve Babası Evli Olan Çocukların Soyadı

A. Genel Olarak

TMK md.321 gereği anne ve baba “evli” ise çocuk, ailenin soyadını taşıyacaktır. Böylece eşlerin ve çocukların, birbirlerine bağlılıklarını ifade edecek şekilde aynı soyadını taşıması sağlanacaktır⁸. Anne ve babanın evli olması ile neyin kast edildiği, soybağı hukukuna ilişkin hükümlerin (TMK md.285 vd.) yorumlanması ile belirlenir⁹. Buna göre, çocuk anne ve babası evli iken doğmuş veya ana rahmine düşmüş olabilir veya anne ve baba çocuk doğduktan sonra evlenmiş olabilir. Bir başka deyişle, TMK md. 321’deki “evli” olma ifadesi, sadece çocuğun doğumu sırasında anne ve babanın evli olması anlamına gelmemektedir. Soybağının kurulması ile birlikte soybağının hükümleri geçmişe etkili olarak, kanun gereği kendiliğinden uygulanacaktır. Bu sebeple, çocuk ailenin soyadını soybağının kurulmasıyla herhangi bir işleme, süreye tabi olmaksızın taşıma hakkını elde edecektir¹⁰.

B. Anne ve Baba Evli İken Çocuk Doğmuş İse

Anne ve babası evli olan çocuklar, ilk olarak TMK md.285 gereği, anne ve babası evli iken doğan çocuklardır¹¹. Buna göre, çocuk, anne ve babası evlendikten sonra ve evlilik devam ederken doğmuş olabilir. Bu ihtimalde çocuk ya evlilik içinde ya da evlilik henüz kurulmadan ana rahmine düşmüştür. Ancak doğum, evlilik devam ederken meydana geldiği için çocuğun babası, annenin kocası sayılır (TMK md.285 f.1). Çocuğun evlilik kurulduktan sonra doğması bu karinenin uygulanması için yeterlidir. Bir başka deyişle, çocuk anne ve baba evlendikten bir gün sonra bile doğsa, annenin kocası baba sayılır¹². Bu durumda, anne ve baba evli iken doğan çocuk, ailenin soyadını taşıyacaktır (TMK md.321 c.1).

TMK md.321 c.1’deki “ailenin soyadı” kavramı, Türk Hukukunda da, bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi¹³, eşlerin ortakça birbirlerinin soyadını seçerek aile adı olarak kullanmaya karar verebilecekleri kanısını uyandırmaktadır. Ancak gerçek bu

⁸ M. Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.23. Bu, İsviçre Hukukunda aile birliği (Einheit der Familie) ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Hegnauer, Art.270, N.12; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.17, 06, s.283.

⁹ Andreas Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. Auf., Helbing /Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1995, N.820, s.257.

¹⁰ Felix Kobel/Thomas Sutter-Somm, Familienrecht, Schulthess, 2009, N.816, s.181.

¹¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2011, s.245 vd.; Dural/Ögüz, s.160 vd.; Beşir Acabey, Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s.110; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Schulthess, 2002, s.361, 398; Kobel/Sutter-Somm, N.816, s.181; Hegnauer, Art.270, N.21.

¹² Ancak çocuğun evlenmeden önce ana rahmine düşmüş olması, soybağının reddi davası bakımından babalık karinesinin çürütülmesinde ispat kolaylığı sağlayabilir. Bkz. TMK md.288 f.1, 287 f.2.

¹³ Bkz. Moroğlu, s.54 vd.; Abik, s.144 vd.; Martina Suhr, “Sag mir, wie du heisst, und ich sage dir, woher kommst! Nachnamen von Kindern, deren Eltern keinen gemeinsamen Familiennamen führen, im internationalen Vergleich”, FPR 2010/4, s.5 vd.; Haluk Nami Nomer, “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Y.22, S.2, 2002, s.424 vd.

değildir. TMK md.321, TMK md.187 ile birlikte yorumlandığında, burada kast edilenin aslında kocanın soyadı olduğu anlaşılmaktadır. TMK md.187 gereğince kadın evlenince kocasının soyadını almak zorundadır; bu itibarla ailenin soyadı, aslında kocanın soyadından başka bir şey değildir. Anne ve baba evli olması halinde doğan çocuklar da buna uygun olarak babanın soyadını almak zorundadır¹⁴. Kadının TMK md.187 gereği kocasının soyadı ile birlikte önceki soyadını da kullanmaya devam etmesi halinde bile bu kural değişmez.

TMK md.321, Art.270 ZGB'den iktibas edilmiştir¹⁵. Kenar başlığı "Familiename/Aile adı" olan hükmün ilk fıkrasında, birbiriyle evli olan eşlerin çocuklarının, onların aile adını taşıyacağı düzenlenmiştir¹⁶. Aile adı, Art.160 gereğince kocanın soyadıdır. Bir başka deyişle, İsviçre Hukukunda da kural, kadının evlenince kocasının soyadını taşımasının zorunlu olduğudur¹⁷. Ancak Art.30 Abs.2 ZGB, bu kurala istisna getirerek, eğer evlenmeden önce eşler aile adı olarak kadının soyadını kullanmak istediklerini bildirmişlerse ve haklı bir neden varsa (Art.30 Abs.2 ZGB), aile adı, kadının soyadı olacaktır. Bu takdirde çocuk aile adı olarak kullanılan annenin soyadını taşıyacaktır¹⁸. Yeni Türk Medeni Kanunu ise, İsviçre'de yapılan bu değişiklikleri dikkate almamış ve 743 sayılı eski Medeni Kanun'daki esası benimsemiştir.

C. Anne ve Babası Evli İken Ana Rahmine Düşmüş İse

Bu ihtimalde ise, evlilik sona ermiştir ancak çocuk, evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuştur. TMK md.285 gereği, evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası, annenin kocası sayılır. Çünkü çocuk, azami gebelik süresi olarak kabul edilen üç yüz gün içinde doğmuş ise, karine olarak çocuğun evlilik içinde ana rahmine düştüğü kabul edilir¹⁹. Buna göre, aksi soybağının reddi davası ile kanıtlanmadıkça, evlilik içinde ana rahmine düşen çocuğun babası, annenin (eski) kocasıdır.

Evliliğin sona ermesi, ölüm veya boşanma kararına veya butlan davası kararına dayanabilir; bu halde üç yüz günlük süre, eşlerden birinin ölümünden veya butlan ya da boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar. Eğer çocuk, bu süre geçtikten sonra doğmuşsa, babalık karinesi uygulanmaz ve çocuk anne ve babası "evli olmayan" çocuk statüsüne tabi olur²⁰. Ancak Medeni Kanun bu kuralın istisnasını düzenlemiştir. Annenin ve babanın evliliği sona ermiş ve çocuk, evlilik birliğinin sona ermesinden üç yüz gün sonra doğmuşsa (örneğin 320 gün sonra), annenin evlilik sıra-

¹⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.316; Gümüş, s.25; Serozan, § 5, N.88 s.238; Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Regem Akademi Yayınları, Ankara 2010, s.95.

¹⁵ Hükümde değişiklik yapan 5 Ekim 1984 tarihli Federal Kanun, md. I 2, 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir. (AS 1986 122 153 Art. 1; BBl 1979 II 1191).

¹⁶ Bühler, Basler Kommentar, Art.270, N.7; Pedrazzini/ Oberholzer, s.182.

¹⁷ Bucher, N.771, s.245; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.07.05, s.61.

¹⁸ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.07.07, s.62; Bühler, Basler Kommentar, Art.270, N.7; Bühler, Kommentar zum Namensrecht, Art.160 N.3; Pedrazzini/ Oberholzer, s.182. Ayrıca bkz. 5A.4/2005 /bnm, 24.5.2005 tarihli kararı.

¹⁹ Dural/Ögüz/Gümüş, s.245 vd.; Acabey, s.111.

²⁰ Bucher, N.771, s.245.

sında gebe kaldığının ispatlanması koşuluyla, çocuk evlilik içinde doğmuş kabul edilir (TMK md.285 f.II).

Anne ve babası evli iken ana rahmine düşen çocuk TMK md.321 c.1/Art.270 Abs.1 ZGB uyarınca "ailenin soyadını" taşıyacaktır²¹. Bu durumda çeşitli ihtimallere göre "ailenin soyadı" kavramının neyi ifade ettiği açıklanmalıdır:

Anne ile baba arasındaki evlilik babanın ölümüyle sona ermişse ve çocuk babasının ölümünden itibaren üç yüz gün içinde doğmuşsa; ölüm halinde sağ kalan kadın eş, bekârlık soyadını kullanmak istediğini nüfus müdürlüğüne bildirmediği, kocasının soyadını kullanmaya devam eder²². Ancak çocuk, anne hangi soyadını kullanırsa kullansın, evlilik içinde doğan çocuk statüsü gereği babanın soyadını taşır (NHKÜY md.22). Hükme göre, "Evlilik içinde veya herhangi bir nedenle evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde Türk babadan olan veya Türk anadan doğan çocuklar (...) babanın soyadını alır ve aile kütüklerinde babalarının hanesine yazılırlar." Bir başka deyişle, TMK md.321 c.1'de aile soyadı ile kast edilen babanın soyadıdır²³.

Anne ve baba arasındaki evlilik boşanma kararı ile sona ermişse ve çocuk boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuşsa; anne TMK md.173 f.2 gereği hâkimden kocasının soyadını taşımasına izin verilmesini istemişse²⁴, boşandığı kocası ile aynı soyadını taşıyacaktır. Ancak boşanan kadının eski kocası ile aynı soyadını taşıması zorunlu değildir; asıl kural, onun önceki soyadına dönme-

²¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.246; Bühler, *Basler Kommentar*, Art.270, N.7; Hegnauer, Art.270, N.22.

²² Yürürlükten kaldırılan Nüfus Kanunu md.44, kadının eşinin ölümü halinde dilerse, baba kütüğüne dönebileceğini veya ayrı bir sahife açtırabileceğini düzenlemiştir. Bu hükme dayanılarak, kocasının ölümü halinde kadının, dilerse kocasının soyadı yerine önceki soyadını kullanabileceği kabul edilmekteydi. Bkz. Abik, s.206; Demet Özdamar, *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.264. Bu Kanunu yürürlükten kaldıran Nüfus Hizmetleri Kanunu md.23, f.2. c.2'ye göre, kocası ölen kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalır. Ancak dilerse babasının kütüğüne dönebilir. Aynı esas, NHKÜY md.67'de de yer almaktadır. Kadının bekârlık soyadını kullanmaya yönelik talebi, nüfus müdürlüğüne yöneltilmelidir. Yapılan işlem, idari bir işlem niteliğindedir. Bu sebeple kadının bu yöndeki talebini dava yoluyla ileri sürmesi gerekli değildir. Bkz. Y.18. HD., 2011/209 E., 2011/2742 K., 28.2.2011 T. (Kazancı İçtihat Bankası). Ölen kocasının akrabalarının kadının soyadının değiştirilmesi için dava açmaları mümkün değildir. Bkz. Y.18.HD., 2008/3571 E., 2008/4944 K., 22.4.2008 T. (Kazancı İçtihat Bankası). İsviçre Hukukunda ise kadının boşanma ile evlilik sona erdiğinde yararlanacağı Art.119 Abs.1 ZGB hükmünün, Art.30 ZGB (MK md.27) ihtimali dışında, uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Art.119 Abs.1 ZGB gereğince kadın boşanma halinde bile evlenme ile kazandığı soyadını kendiliğinden taşımaya devam eder, ancak kadın, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde yapacağı başvuru ile evlenmeden önceki soyadını veya kendi ailesinin soyadını kullanmak istediğini bildirirse, artık bu soyadını kullanır. İşte bu hükmün ölüm halinde sağ kalan kadın eş bakımından da kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bkz. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.07.13, s. 63.

²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 96.

²⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s.134, 155. Mahkeme kararı ile kocasının soyadını kullanan kadın Yargıtay'a göre, önceki soyadını kullanmak istiyorsa, buna karar verilmesini Mahkemeden talep edebilir, bu onun kişilik hakkıdır. Bkz. Y.2.HD., 2008/11096 E., 2009/16625 K., 5.10.2009 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

sidir²⁵. Anne TMK md.173 gereği hangi soyadını kullanırsa kullansın, çocuk, evlilik içinde doğan çocuk statüsü gereği babanın soyadını taşır (NHKUIY md.22)²⁶. Evliliğin butlan kararı ile sona ermesi halinde de boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanacağından (TMK md.158 f.2) kadın eş, kural olarak önceki soyadına dönecek, ancak kıyasen TMK md.173 f.2 koşulları varsa mahkeme kararı ile eski kocasının soyadını kullanabilecektir²⁷. Ancak bu halde de kadının (annenin) soyadının değişmesi, çocuğun soyadını etkilemeyecek ve çocuk babanın soyadını taşıyacaktır²⁸.

Kadın, evliliğinin sona ermesinden itibaren üç yüz günlük bekleme süresini beklemeden ikinci bir evlilik yapar ve bu süre içinde çocuk dünyaya getirirse, MK md.290 f.1 gereği ikinci evlilikteki koca baba sayılır²⁹. Bu durumda çocuk, ikinci kocanın soyadını alır (MK md.321 c.1). Ancak çocuk ile ikinci koca arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kaldırılırsa, bu kez ilk evlilikteki koca baba sayılır (MK md.290 f.2). Bu ihtimalde ise çocuk, ilk evlilikteki kocanın soyadını taşıyacaktır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde TMK md.321 c.1'deki "ailenin soyadı" kavramı, evlilik içinde doğan çocuk statüsünde olanların babalarının soyadını ifade etmektedir³⁰. Nitekim 2525 sayılı Soyadı Kanunu³¹, evlilik birliğinin başkanının koca olduğunu düzenleyen eski Türk Medeni Kanunu'na (e MK md.152 f.1) uygun olarak, evlilik birliğinin reisinin koca olduğunu ve soyadını seçme hakkının da kocaya ait olduğunu düzenlemektedir³². Soyadı Kanunu'nun uygulanmasını gösteren Soyadı Nizamnamesi³³ ise, 25.3.2009 tarihinde yapılan değişiklikle³⁴, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocukların babalarının soyadını taşıyacağını düzenlemiştir. Ancak Soyadı Kanunu md.4 f.2 c.1, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³⁵. Hükme göre, "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı

²⁵ Art.119 Abs.1 ZGB gereğince kadın boşanma halinde bile evlenme ile kazandığı soyadını kendiliğinden taşımaya devam eder. Ancak kadın, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde yapacağı başvuru ile evlenmeden önceki soyadını veya soyundan gelen soyadını kullanmak istediğini bildirirse, artık bu soyadını kullanır. Bkz. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.07.14, s.63.

²⁶ İsviçre Hukukunda da aynı sonuç geçerlidir. Bkz. Michael Rüfenacht, "Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungskind", recht 2005, H.2, s.62.

²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.134.

²⁸ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.17.12, s.283; Kobel/Sutter-Somm, N.549, s.124.

²⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, 247; Serozan, § 5, N.33.

³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 96.

³¹ RG. 2.7.1934 T ve 2741 S.

³² Oysa 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, kocanın evlilik birliğinin başkanı olduğuna dair hükme yer vermediği gibi, evlilik birliğinin hükümleri bakımından her iki eşin eşit hak ve yetkilere sahip olduğunu çeşitli hükümleri ile düzenlemiş ve bu itibarla 743 sayılı Medeni Kanun'daki prensipten ayrılmıştır. Bu nedenle kocanın evlilik birliğinin reisi olduğuna ilişkin bölümü itibarıyla Soyadı Kanunu yürürlükteki mevzuatımız bakımından bir anlam taşımamaktadır. Ancak soyadı bakımından ne yazık ki Türk Medeni Kanunu eşler arası eşitlik ilkesini göz ardı ettiği için yukarıda yaptığımız açıklamaların soyadı itibarıyla önemi bulunmamaktadır.

³³ RG. 27.12.1934 T ve 2891 S.

³⁴ 25.3.2009 tarihli ve 2009/14848 sayılı Soyadı Nizamnamesi'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzüğün 4. Maddesi ile değiştirilmiştir. RG., 29.4.2009 T ve 27214 S.

³⁵ <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=340>. (Çevirimiçi:9.12.2011).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

alır.” Karar ve gerekçesi, henüz Resmi Gazete’de yayımlanmadığı için yürürlüğe girmemiştir. Ancak uygulamada mahkemeler, TMK md.321 hükmünün yanında Soyadı Kanunu’nun md.4 f.2 c.1 hükmüne dayanarak, velayet hakkına sahip anne tarafından çocuk adına açılan soyadının değiştirilmesi davalarında, hükümlerin emredici oldukları gerekçesiyle taleplerin reddine karar vermektedir³⁶. Soyadı Kanunu’nun md.4 f.2.c.1 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine ilişkin kararının yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte ise, mahkemelerin sırf bu hükme dayanarak talepleri reddetme olanağı ortadan kaldırılmıştır. Böylece mahkemelerin, talebi, soyadının değiştirilmesi davalarına ilişkin MK md.27 f.1’in koşullarını değerlendirerek kabul etmelerinin de önü açılmıştır.

D. Anne ve Baba Çocuk Doğduktan Sonra Evlenmişse

Eğer çocuk annesi ve babası evlenmeden dünyaya gelmişse, fakat anne ve babası sonradan birbiriyle evlenmişse, çocuk, evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur (TMK md.292)³⁷. Annesi ve babası sonradan evlenen tüm çocuklar, anne ve babası “evli” olan çocuklar olarak aile soyadını taşır³⁸ (TMK md.321 c.1). Aile soyadı ile kast edilen, bu ihtimalde de kocanın soyadından başka bir şey değildir (NHKUH md.24). Ancak çocuk ile bir başkası arasında soybağı ilişkisi varsa, bu ilişki ortadan kaldırılmadıkça, anne ve gerçek babanın evlenmesinin soybağı açısından ve dolayısıyla soyadı açısından bir etkisi olmaz. Bir başka deyişle, çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa öncelikle bu ilişki soybağının reddi davası, tanınmanın iptali davası gibi yöntemlerle ortadan kaldırılmadır³⁹.

III. Evlilik İçi Çocuğun Babasının Soyadını Taşımaması Kuralının İstisnasının Olup Olmadığı Sorunu

A. Genel Olarak

Türk Hukuku bakımından evlilik içinde doğan çocukların babalarının soyadını taşıması hakkındaki kuralların kadının aile içindeki önemi ve kadın ve erkek eşitliği çerçevesinde ne kadar doğru olduğu tartışmaya açıktır. Evlilik içinde doğan çocukların babalarının soyadını taşıması zorunluluğu, kadın eşin de kocasının soyadını taşımak zorunda olmasının bir sonucudur; dolayısıyla Türk Hukukunda aile soyadının kocanın soyadı ile aynı olduğu bir gerçektir⁴⁰.

Babanın soyadının değişmesi durumunda eşinin ve ergin olmayan çocuklarının da soyadı kendiliğinden değişir⁴¹ (NHK md. 36, 1 b, NHKUH md.64 1 a). Buna göre, örneğin babanın soyadını haklı nedenle değiştirilmesine mahkemece karar veri-

³⁶ Bkz. III, 1.

³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.262; Dural/Öğüz, s.160-161; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.17, 11, s.283; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.366-367; Acabey, s.153.

³⁸ Serozan, § 5, N.50, s.200.

³⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.263.

⁴⁰ Cem Baygın, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.98; Dural/Öğüz, s.161.

⁴¹ Babanın soyadı değişince eşinin ve çocukların soyadının değiştirilmesi idari bir işlemle sağlanır, bunun için dava açılmasına gerek yoktur. Bkz Y.18.HD., 2010/11499 E., 2010/15743 K., 7.12.2010 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

lirse, çocuğun da soyadı buna göre değiştirilecektir⁴². Ancak annenin soyadının mahkeme kararı ile değiştirilmesi⁴³, çocuğun soyadını etkilemeyecektir.

Çocuğun ailenin soyadını taşımasına ilişkin kural emredici niteliktedir. Bir başka deyişle, Türk Hukuku bakımından bu kuralın aksinin anne ve babanın anlaşması ile değiştirilmesi ve çocuğa bu anlaşma gereğince bir başkasının (örneğin annenin soyadının) verilmesi hukuken mümkün değildir. Ancak anne ve eşi arasındaki evlilik devam ederken çocuğun ailenin soyadını taşıması kuralının birtakım istisnaları bulunmaktadır. Bunların başında, anne ve eşi evli iken doğan ancak TMK md.285'teki babalık karinesi kapsamına girmeyen çocuklar veya bu karine kapsamından çıkarılan çocuklar gelmektedir⁴⁴. Aslında bu ihtimaller, çocuğun babasının soyadını taşıması kuralının bir istisnası değildir, zira bu hallerde annenin eşi, çocuğun babası değildir. Nitekim TMK md.321 c.1'de ana ve "babası" evli olan ifadesi ile babanın soyadının kazanılmasında, çocuk ile baba arasında soybağının kurulması gereği aranmaktadır. Bu soybağı ilişkisi ise, yukarıda belirttiğimiz ihtimallere göre kurulabilmektedir. Eğer çocuk ile annenin eşi arasında yukarıda belirttiğimiz ihtimaller çerçevesinde soybağı ilişkisi kurulamamışsa, çocuk annenin "eşinin" soyadını taşıyamaz. Diğer istisna ise, TMK md.27 f.1 gereği çocuğun soyadının değiştirilmesi hâlidir. Bu ihtimalde ise çocuğun babasının soyadını taşıması kuralın bir istisnası söz konusudur.

⁴² YHGK, 2008/18-471, 478, 2.7.2008 tarihli kararında babanın açtığı nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile ergin olmayan çocuğun da soyadının değişeceğini, bu durumda çocuğun sonradan dava açıp soyadının değiştirilmesini talep edemeyeceğini, zira bu davaların ancak bir kere açılabileceğini belirtmiş ve çocuğun davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. (Kazancı İçtihat Bankası). Y.18. Hukuk Dairesi de bu görüştedir. Bkz. 2010/12145 E., 2011/1184 K., 3.2.2011 T.; 2009/13195 E., 2010/3576 K., 9.3.2010 T. (Kazancı İçtihat Bankası). Oysa (YHGK, 2008/18-471, 478, 2.7.2008 tarihli kararının) karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, nüfus kaydının düzeltilmesi davasının sadece bir kez açılabileceği kuralı, çocuğun somut olayda soyadının değiştirilmesi mahkeme kararı ile değil, idari bir kararla gerçekleştiğinden burada uygulanamaz. Söz konusu kural, aynı kişinin birden fazla nüfus kaydının düzeltilmesi davası açamayacağına yöneliktir. Aksi halde bir kez baba bu davayı açıp soyadını değiştirdiğinde, altoyu bir daha dava açamayacaktır, ki bu sonuç kabul edilemez.

⁴³ Evli kadının kocalarının soyadını almaları zorunlu olmakla birlikte, uygulamada kadınlar haklı nedenle MK md.27'den yararlanarak soyadlarının evlenmeden önceki soyadlarına dönüştürülmesini talep etmektedirler. Yargıtay, söz konusu taleplerin reddine karar vermiştir. Bkz. Y.18.HD. 6750 E., 10314 K., 6.7.2010 T (Kazancı İçtihat Bankası). Konu, daha önceden de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne getirilmiş ve Mahkeme, *Ünal Tekeli & Türkiye* davasında, 16.11.2004 tarihinde, Türkiye'nin AİHS md.14'teki ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Konu, gerek eski Medeni Kanun gerekse 4721 sayılı Medeni Kanun döneminde Anayasa Mahkemesine götürülmüş, her iki talep de Mahkeme tarafından reddedilmiştir. TKM md.153 bakımından AYM, 1997/61 E., 1998/59 K. 29.9.1998 T. Bkz. RG 15.11.2002 T. ve 24937 S. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Moroğlu**, s.84 vd.; **Abik**, s.77 vd. Anayasa Mahkemesi'nin 2009/85 E., 2011/49 K. Ve 10.3.2011 tarihli, 4721 sayılı MK md.187 bakımından verdiği red kararının gerekçesi için bkz. RG., 21.10.2011 T. ve 280915 S. Kocanın, eşinin soyadını almaya yönelik talebinin kabul edilemeyeceği hakkında bkz. Y.18. HD., 1997/8141 E., 1997/8859 K., 7.10.1997 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁴ **Hegnauer**, Art. 270, N. 26.

1. TMK md.285'teki Babalık Karinesi Kapsamına Girmeyen veya Bu Kapsamdan Çıkarılan Çocuklar

Anne ve kocası arasındaki evlilik devam ederken, kadın bir çocuk dünyaya getirirse, yukarıda belirttiğimiz gibi, babalık karinesi gereği, annenin kocası baba sayılır ve çocuk, baba sayılan kişinin soyadını taşır. Ancak Medeni Kanun uyarınca, çocuk, evlilik içinde doğduğu halde babalık karinesinin uygulanmayacağı bir durum vardır: TMK md.285 f.3. Eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi (TMK md.32 vd.) evliliği kendiliğinden sona erdirmez. Evliliğin sona erdirilmesi için kaybolanın eşinin gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile evliliğin feshine karar verilmesi gereklidir (TMK md.131). Ancak babalık karinesinin uygulanması bakımından evliliğin feshine karar verilmesinden itibaren üç yüz gün sürenin dolmasının aranmasının yaratacağı sıkıntıları önlemek amacıyla⁴⁵, yeni Medeni Kanun bir çözüm getirmiştir. Buna göre, evliliğin feshedilip edilmediğine bakılmaksızın, kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde, üç yüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren başlayacak (TMK md.285 f.3) ve bu süre içinde doğan çocuğun babası, annenin kocası sayılacaktır⁴⁶. Buna göre, annenin kocasının baba sayılması durumunda çocuk, babasının soyadını (aile soyadını) taşıyacaktır⁴⁷. Aksi halde, babalık karinesi uygulanmayacağı için anne ve gaip koca evli olsa bile (kaybolanın eşi evliliğin feshi davası açmamışsa) çocuk, TMK md.321 c.1 gereği "ailenin soyadını" taşıyamayacaktır.

Diğer bir ihtimalde ise, TMK md.285 gereği, babalık karinesi kapsamında çocuk ile annenin kocası arasında soybağı ilişkisi kurulmuş, ancak bu ilişki soybağının reddi davası ile ortadan kaldırılmıştır. Soybağının reddine dair hüküm, bozucu yenilik doğuran bir hükümdür. Bu hükmün kesinleşmesiyle birlikte ve çocuk ile annenin kocası arasındaki soybağı ilişkisi çocuğun doğumundan itibaren, geçmişe etkili olarak, sona erer. Bu durumda çocuk, anne ve babası evli olmayan çocuk statüsündedir. Anne ve babası evli olmayan çocukların annenin soyadını taşıyacağına ilişkin TMK md.321 c.1'deki "evli değilse ananın" ibaresi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁴⁸. Ancak Nüfus Hizmetleri Kanunu md.28 f.4; YHKUHY md. 23⁴⁹, Soyadı Nizamnamesi md.15 gereği, soybağı reddedilen ve fakat başka bir erkekle soybağı ilişkisi kurulmamış olan çocuklar, annelerinin bekarlık soyadını taşıyacaktır. Konumuzun sınırlarını aşmamak amacıyla bu konudaki tartışma ve sorunlara değinmeyeceğiz.

⁴⁵ Eski Medeni Kanun döneminde bu konuya ilişkin bir hüküm kanunda yer almadığı için babalık karinesinin uygulanması bakımından öğretide tartışma bulunmaktaydı. Bkz. M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s.198 vd.

⁴⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, 246; Serozan, § 5, N.33, s.173.

⁴⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.316.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 2005/114 E., 2009/105 K. ve 2.7.2009 tarihli kararı için bkz. RG.07.10.2009 T., 27369 s.

⁴⁹ "(1)Evlilik dışında veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz günden sonra doğan veya baba tarafından mahkeme kararı ile soybağı reddedilen çocuk; anasının bekarlık hanesine, anasının soyadı ve onun bildireceği baba adı ile tescil edilir. (2) Anası boşanarak bekarlık hanesine dönmüş ise çocuk, anasının kayıtlı bulunduğu haneye, anasının soyadıyla, ancak anası önceki evliliğinden çift soyadı taşıyorsa anasının bekarlık soyadıyla tescil edilir. (3) Anası halen bir başkası ile evli ise çocuk, anasının bekarlık hanesine, bekarlık soyadı ve anasının bildireceği baba adı ile tescil edilir."

Ancak ifade etmek gereklidir ki, soybağı reddedilen çocuklar, TMK md.321 c.1 uyarınca “ana ve babası evli olan çocuk” statüsünde değildir ve bu sebeple bu çocuklar, anne ve eşi arasındaki evlilik devam etse bile, aile soyadını taşıyamayacaktır. Fakat eğer anne, herhangi bir şekilde, çocuğun soybağını reddeden eşinin soyadını taşımaya devam etmekte ise, soybağı reddedilen çocuğun taşıyacağı annenin soyadı ile annenin çocuğun doğumu sırasında sahip olduğu mevcut soyadının mı, yoksa annenin “evlenmeden önceki soyadının” mı, yoksa annenin “bekârlık soyadının” mı kast edildiği incelenmeye değer bir sorundur⁵⁰.

2. TMK md.27 f.1 Gereği Açılan Soyadının Değiştirilmesi Davası ile Soyadı Değiştirilen Çocuklar

Anne ve babası evli iken doğduğu için onların aile soyadını taşımak zorunda olan çocuk, acaba MK md.27 f.1’den yararlanarak soyadının değiştirilmesini talep edebilir mi? Eğer bu soruya olumlu yanıt verilirse, çocuk, aile soyadını yerine mahkemece değiştirilen yeni soyadını taşıyacağından MK md.321c.1’deki kurala bir istisna tanınmış olacaktır.

Uygulamada çocuğun soyadının babanın soyadından başka bir soyadına dönüştürülmesinin talep edildiği hallerde, anne ile baba arasındaki evlilik sona ermiş ve velayet hakkı anneye bırakılmıştır. Bu hallerde davalar, ya velayet hakkına sahip olan anne tarafından açılan ve çocuğun soyadının kendi soyadına dönüştürülmesine ya da annenin yeniden evlenmesi ile kazandığı soyadının çocuğa verilmesine yöneliktir. Bunlara diğer haklı sebeplerle açılan soyadının değiştirilmesi davalarını da eklemek gereklidir.

⁵⁰ NHÜY md.23, Soyadı Nizamnamesi md.15 gereğince anne ve babası evli olmayan çocuklar, annesinin soyadını taşıyacaktır. Boşanan anne çifte soyadı taşıyorsa, çocuk, annenin bekârlık soyadını taşımalıdır. (Karş. TMK md.321 c.2). NHÜY md.23 f.3’te ise açıkça, *anası halen bir başkası ile evli ise çocuk, anasının bekârlık hanesine, bekârlık soyadı ve anasının bildireceği baba adı ile tescil edilir*, hükmüne yer vermiştir. Yönetmelik md.104’te ise soybağı reddedilen çocuğun annenin “bekârlık soyadını” taşıyacağı düzenlenmiştir. Fakat aynı Yönetmelik’te bekârlık soyadı, kişinin evlenmeden önce taşıdığı en son soyadı olarak tanımlanmıştır. (Yön. Md.4, f.1, f). Dolayısıyla, kadının evlenmeden önce taşıdığı en son soyadı, önceki eşi ile yaptığı evlilikten kazandığı soyadı da olabilir. Oysa Yönetmeliğin diğer hükümleri göz önüne alındığında bekârlık soyadı ile ifade edilmek istenen kanaatimce, kadının evlenme dışında doğum veya mahkeme kararı ile kazandığı soyadıdır. Öğretide, TMK md.321 c.2’deki “ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı kullanıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır” kuralının çocuğun evlilik içinde doğması fakat kocanın soybağını reddetmesi halinde de uygulanması gerektiği ve çocuğun, annenin bekârlık soyadını taşıyacağı ileri sürülmektedir. Bkz. *Dural/Öğüz*, s.161. Ancak aksi görüşteki yazarlar, kadının evlenme ile kazandığı soyadını çocuğun da taşıyacağını ileri sürmektedir. Bkz. *Helvacı*, s.137, dn.50; *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, s.91; *Saibe Oktay Özdemir*, “Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler”, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2009, s.295. Soybağı ilişkilerindeki sonraki değişiklikler sebebiyle soyadı değişen çocuğun önceki soyadının korunmasında menfaati bulunduğu hallerde, onun haklı nedenle önceki soyadını korumayı talep edebileceği hakkında bkz. *Bühler*, Basler Kommentar, Art.270, N.32.

a. **Çocuğa Annenin Soyadı Verilebilir mi?**

Bu ihtimalde, evlilik sona erdikten sonra anne, evlilik ile kazandığı soyadını değiştirmiş ve önceki soyadına dönmüştür⁵¹. Anne, velayeti⁵² kendisine bırakılan çocuğunun da kendisi ile aynı soyadını taşımasını istediğinden yasal temsilcisi sıfatı ile çocuğunun soyadının değiştirilmesi için dava açmaktadır. Yargıtay, annenin evlilik içi çocukların soyadının kendi soyadına dönüştürülmesine yönelik talebinin kanuna uygun olmadığına karar vermiştir⁵³:

“4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321. maddesi hükmüne göre, evlilik birliği içinde doğan çocuk ailenin yani babanın soyadını taşır. Boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olması soyadında herhangi bir değişikliğe sebep olamaz. Ayrıca; 2525 sayılı Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrası da evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babanın seçtiği veya seçeceği soyadını alacağı emredici kuralını getirmiştir. Babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadını usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararlar değişmedikçe çocuğun da soyadı değişmez. O halde velayete sahip ana dahi bu hakka dayanarak kişiye sıkı sıkıya bağlı kişilik haklarıyla ilgili çocuğun soyadının değiştirilmesi davasını açamaz. Bu sebeple; mahkemenin, ananın velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi konusunda açtığı davaya tayin edilen kayyım önünde babanın muhalefetine rağmen bakması kanuna aykırıdır.”

Aynı hukuk dairesi, bir başka kararında, aynı gerekçelerle annenin açtığı davayı reddederken babanın bile soyadı değişikliğini kabul etmesinin bu davanın reddedilmesini engellemeyeceğine hükmetmiştir.⁵⁴ Bir başka kararda, evlilik içinde doğan çocuğun babasının soyadını taşıyacağı belirtildikten sonra, çocuğun soyadının değiştirilmesine ilişkin davanın, hakkın kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması dolayısıyla, velayet hakkı olan anne ve hatta baba tarafından da açılmayacağına karar verilmiştir⁵⁵: Bu itibarla, çocuk, babasının soyadını taşımaktaysa ve sonradan baba, çocuğun soyadının değiştirilmesini, kendi soyadı değiştirilmeden, talep etmekteyse bu talepler de redde-

⁵¹ Örnek olarak boşanan kadın, MK md.173 f.2'deki talepte bulunmamış ve evlenmeden önceki soyadını almıştır. (Bu soyadı kadının evlenmeden önce dul idiye eski evliliği sebebiyle kazandığı ve sonrasında taşımaya devam ettiği soyadı olabileceği gibi bekârlık soyadı da olabilir). Diğer bir örnekte ise kocası ölen kadın, NHK md.23 f.2 gereğince evlenmeden önceki soyadına dönmüştür.

⁵² Bu ihtimal çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir: Evlilik boşanma kararı ile veya butlan kararı ile sona erdiğince, hâkim çocuğun velayetini eşlerden kadına vermiş olabilir (Boşanma için: TMK md.182 f.1, 336 f.3; butlan için: TMK md.157 f.2'nin atfı ile TMK md.182 f.1). Evlilik ölüm ile sona ermişse, velayet, sağ kalan eşe aittir (TMK md.336 f.3). Bkz. Akyüz, s.154 vd.

⁵³ Y.18.HD., 2002/8139-10431, 25.10.2002 T. Aynı yönde bkz. y. 18.HD., 2008/11663 E., 2009/1466 K., 23.2.2009 T.; Y.18.HD., 2006/6176 E., 2006/7205 K., 3.10.2006 T.; Y. 18.HD., 2002/2635 E., 2002/4981 K., 29.4.2002 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁴ Y. 18.HD., 2007/2844 E., 2007/3607 K., 19.4.2007 T. (Kazancı İçtihat Bankası). Bkz. Y:18.HD., 2003/4315 E., 2003/6899 K., 29.9.2003 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁵ Y. 18.HD., 2003/4315 E., 2003/6899 K., 29.9.2003 T. (Kazancı İçtihat Bankası): *“O halde velayete sahip ana ve baba bu hakka dayanarak, kişiye sıkı sıkıya bağlı kişilik haklarıyla ilgili çocuğun soyadının değiştirilmesi davasını açamaz. Bu sebeple; mahkemece, kendi soyadları baki kalmak üzere anne ve babanın velayetleri altındaki çocuklarının soyadının değiştirilmesi konusunda açtıkları davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yasanın emredici kurallarına aykırı olarak ve yerinde bulunmayan gerekçelerle kabulü doğru görülmemiştir”*.

dilmektedir⁵⁶. Yargıtay, evlilik içi çocuklar bakımından aynı kuralı içeren eski Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de aynı gerekçelerle velayet hakkı olan annenin talebinin hukuka uygun olmadığına hükmetmişti⁵⁷. Söz konusu kararlar incelendiğinde, açılan davaların MK md.27 f.1 hükmüne dayanılan adın değiştirilmesine ilişkin davalar olduğu görülmektedir. Ancak Yargıtay, somut olayda adm değiştirilmesini gerektiren somut bir neden bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirme yapmadan iki gerekçe ile talepleri reddetmektedir: 1. Evlilik içi çocukların babalarının soyadını taşıyacaklarına ve boşanma veya butlan davası ile evliliğin sona ermesinde bile bu kuralın geçerli olduğunu düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olması, 2. Adm değiştirilmesi talebinin kişiye sıkı suretle bağlı hak olması nedeniyle davanın velayet hakkı sahibi kişi tarafından açılmayacak olması.

İlk olarak belirtmek gereklidir ki, evlilik içi çocukların babalarının soyadlarını taşıyacaklarına ilişkin kurallar, gerek lafzı gerekse amacı itibariyle emredici niteliktedir. Zira soyadına ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkin hükümlerden olması bir yana ad üzerindeki hakkın niteliği itibariyle kişiliği korumaya ilişkin hükümlerdendir. Ancak bir hükmün emredici nitelikte olması, ilişkide bu hükmün uygulanmayacağı konusunda yapılan sözleşmelerin hükümsüzlüğünü, dolayısıyla böyle bir sözleşmenin varlığının emredici hukuk kuralının uygulanmasını engellemeyeceğini ifade eder⁵⁸. Örnek olarak çocuğun annesi ve babası bir sözleşme yaparak, evlilik içi çocuklarının annesinin soyadını taşıyacağına ilişkin bir sözleşme yaparlarsa, sözleşme emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür. Çocuk, babasının soyadını taşıyacaktır.

Ancak Medeni Kanun, Aile Hukuku kitabında, soyadına ilişkin olarak evli kadının bakımından soyadının nasıl kazanılacağını, statü değişikliğinde (boşanma vs.) ise kadının soyadının nasıl belirleneceğini, çocuklar bakımından ise, baba ile kurulan soybağı ilişkisi gözetilerek çocuğun kimin soyadını alacağını düzenlemiştir. Ayrıca Medeni Kanun'un Kişiler Hukukuna ilişkin kitabında ise, adın değiştirilemezliği ilkesi ile birlikte⁵⁹, bazı koşulların bulunması halinde (MK md.27 f.1) kazanılan adın (soyadının) değiştirilebileceği emredici olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, kişinin (kadının ve çocuğun) soyadını nasıl kazanacağı Aile Hukukuna ilişkin hükümler; kazandıktan sonra ise onun nasıl değiştirilebileceği Kişiler Hukukuna ilişkin hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Çocuğun soyadına ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olması, MK md.27 f.1'e dayanılarak çocuğun kazandığı soyadını haklı nedene dayandırılarak hâkim kararı ile değiştirilmesine engel değildir. Zira bu halde, soyadı, sözleşme ile değil, koşulları emredici hükümle düzenlenen bir davada verilen hâkim kararı ile değiştirilmektedir. Diğer yandan soyadının somut olayda haklı neden bulunsa bile değiştirilemeyeceğini kabul etmek, kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden biri olması dolayısıyla ad üzerindeki hakkın niteliği ile bağdaşmaz. Nitekim babanın haysiyet kırıcı bir suçtan dolayı mahkûm olması halinde, haklı bir sebebin bulunduğu kabul

⁵⁶ Bkz. Y.18.HD., 2009/10864 E., 2010/1097 K., 1.2.2010 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁷ Bkz. Y.18.HD., 1996/10269, 1996/11112 K., 11.12.1996 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁸ M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul 2011, s.83.

⁵⁹ Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul 1979, s.197; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.101; Dural/Öğüz, s.168.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

edildiğinden hareketle⁶⁰, çocuğun soyadının henüz ergin olmadığı dönemde asla hangi sebep olursa olsun değiştirilemeyeceğini kabul etmek, MK md.27 f.1'in amacına da aykırıdır. Bu sebeplerle, MK md.321 vb. hükümlerin emredici olması gerekçesiyle çocuğun soyadının değiştirilemeyeceği yönündeki görüşe katılmamaktayız. Öğreti bu halde, soyadına ilişkin kuralların (TMK md.321/Art.270 ZGB) somut olayda değiştiri-ci yoruma tabi tutularak uygulanmasının söz konusu olduğunu kabul etmektedir⁶¹.

Yargıtay'ın çocuğun soyadının değiştirilmesine ilişkin taleplerin reddedilmesi gerektiğine ilişkin kararlarında dayandığı ikinci gerekçesi ise, adın değiştirilmesi talebinin kişiye sıkı surette bağlı hak olması dolayısıyla yasal temsilci tarafından ileri sürülemeyeceğidir. Öğretide de ergin olmayan çocukların soyadının değiştirilmesine yönelik davaları açamayacağı, ancak ergin olduktan sonra bu talepleri ileri sürebilecekleri ifade edilmiştir⁶². Öncelikle belirtmek gereklidir ki, adın değiştirilmesine yönelik hak, kişiye sıkı surette bağlı haktır⁶³. Bu sebeple bazı yazarlar sınırlı ehliyetsizin bu davayı tek başına açabileceğini (MK md.16 f.1.c.2) savunurken⁶⁴, bazıları hakkın niteliğinin kişiye sıkı surette bağlı hak olmasıyla birlikte yasal temsilcinin bu isteme katılmasının çıkar durumuna daha uygun olduğunu savunmaktadır⁶⁵.

Kanaatimizce, ilk görüşe katılmak kanunun sistemine daha uygundur.⁶⁶ Kanunda bu kurala açıkça istisna tanıyan bir düzenleme olmadıkça, MK md.16 f.1.c.2 gereği, ayırt etme gücü bulunan küçük, kişiye sıkı surette bağlı soyadının değiştirilmesine yönelik hakkını, yasal temsilcinin rızası olmaksızın kullanabilmelidir. Ancak dava açıldığı sırada çocuk tam ehliyetsiz ise, kişiye sıkı surette bağlı soyadının değiştirilmesi hakkını kural olarak ne kendisi ne de onu temsilen yasal temsilcisi ileri sürebilir. Bu halde ise, öğretide kabul edildiği üzere, tam ehliyetsizin önemli bir menfaati söz konusu ise bu kurala bir istisna tanımak gerekir ve bu halde bu hakkın yasal temsilci tarafından kullanılabilmesi kabul edilebilir⁶⁷. Velayet hakkı sahibi anne tarafından tam ehliyetsiz çocuk adına dava, çocuğun önemli bir menfaati bulunmaktaysa, sırf bu sebeple reddedilmemelidir. Bu sebeplerle, hâkimin somut olaydaki soyadının değiştirilmesi talep edilen çocuğun fiil ehliyeti durumunu dikkate alarak yasal temsilcinin böyle bir talepte bulunup bulunamayacağını değerlendirmesi gerekmektedir.

⁶⁰ Abik, s.88; Bühler, Basler Kommentar, Art.270, N.10.

⁶¹ Hegnauer, Art.270, N.58; Bühler, Basler Kommentar, Art.30, N.10. TMK md.321'in TMK md.27 f.1 yoluyla haklı sebeplerin varlığı halinde değiştirici yoruma tabi tutularak çocuğun menfaatine uygun bir çözüm sağlanması hakkında bkz. Oktay Özdemir, s.300.

⁶² Bkz. Dural/Öğüz, s.170; Bilal Cengiz, Türk Hukukunda Ad ve Adm Değiştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.93-94.

⁶³ Özsunay, s.201; Bucher, N.823, s.258; S. S. Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.284.

⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.105; Hegnauer, Art.270, N.60; Bucher, N.823, s.258; Arpacı, s.166; Tekinay, s.284.

⁶⁵ Dural/Öğüz, s.170; Abik, s.88; Özsunay, s.201; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.302.

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.105; Hegnauer, Art.270, N.60; Bucher, N.823, s.258; Arpacı, s.166; Tekinay, s.284. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. BGE 17.3.2011 tarihli 5A.624/2010 (Pra. 2011, N.94).

⁶⁷ Dural/Öğüz, s.170; Abik, s.88; Arpacı, s.167; Öztan, Temel Kavramlar, s.303; Özsunay, s.201.

Diğer yandan davanın konusu bakımından MK md.27 f.1'deki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği de-davanın usulü ilişkin şartlarının yanında- incelenmelidir. Oysaki Yargıtay bu konuya ilişkin kararlarında, sadece yukarıda belirtilen iki nedene dayanarak talepleri reddetmekte, MK md.27 f.1'in esasa ilişkin şartlarını inceleme gereği duymamaktadır. MK md.27 f.1 uyarınca, soyadı değişikliği somut olayda soyadının değiştirilmesi için haklı bir neden bulunmaktaysa sağlanabilir⁶⁸. Haklı nedeninin bulunup bulunmadığı somut olayda hâkim takdir edecektir (TMK md.4)⁶⁹. Soyadının değiştirilmesini gerektirecek haklı neden bulunduğu takdirde, soyadının sosyal düzeni ve ailenin birliğini ve sürekliliğini sağlama işlevindeki toplumsal yararı korumak amacıyla kabul edilen "soyadının değiştirilemezliği" kurahna, adın değişmesinde zorunluluk varsa bir istisna tanınmış ve bireyin menfaati toplumun menfaatinden üstün tutulmuştur⁷⁰. Çocuğun soybağının kurulması ile kazanılan soyadının değiştirilmesi için de somut olayda haklı bir neden bulunmaktaysa, talepte bulunan/bulunulan çocuğun menfaati toplumun menfaatinden üstün tutulabilir⁷¹. Özellikle çocuğun kişilik hakkının korunması ve yararı söz konusu ise, bu menfaat değerlendirilmesinde adın değiştirilemezliği yasağının ve amacının daha az önemli olduğu kabul edilmektedir⁷².

Ayrıca soyadının değiştirilmesine ilişkin davalar bakımından gerek Yargıtay gerek öğreti tarafından yapılan sınırlama da MK md.27 f.1'in amacına da uygun değildir. Zira bu görüşe göre, çocuk, ergin olana kadar bu davayı açamazken, ergin olduktan sonra açabilecektir⁷³. Oysa ki henüz ergin olmadığı yaşlarda çocuğun soyadının değiştirilmesinde ve bu davanın açılması için ergin olmayı beklememekte haklı bir menfaati bulunabilir. Özellikle baba ile ilişkileri tamamen kopmuş, annenin bulunduğu sosyal çevrede yaşamını sürdüren çocuk, neden annesi ile aynı soyadını taşımadığı sorularına maruz bırakılmakta, bu ise çocuğa sosyal, psikolojik olarak zarar vermektedir. Bu ise, çocuğun yararına olmadığı gibi, soyadının kişiyi ait olduğu aileye bağlama işlevine de uygun değildir. Zira çocuk aile olarak artık annenin ailesine bağlıdır ve birlikte yaşadığı bu aile ile bağlarının kurulması gereklidir⁷⁴. Diğer yandan uygulamada anne sırf çocuğu bu sorulara maruz kalmasın diye evlilik sona erdikten sonra bile eski eşinin soyadını taşımayı talep etmektedir⁷⁵ ki, böyle bir fedakârlığı anneye yüklemek de adil değildir.

Diğer yandan evliliğin sona ermesi halinde velayet anneye bırakılsa bile çocuğun babanın soyadını taşıyacağı veya onun seçeceği soyadını taşıyacağına ilişkin Soyadı Kanunu'nun md.4.f.2.c.1 hükmünün iptal edilmesi de -kararın yürürlüğe girmesinden itibaren- artık eşitliğe aykırı bu hükme dayanılmasını da engelleyecektir.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.101; Bucher, N.795, s.251; Arpacı, s.166; Öztan, Temel Kavramlar, s.301; Özsunay, s.198; Öztan, Şahsın Hukuku, s.172.

⁶⁹ Bühler, Basler Kommentar, Art.30, N.6; Rüfenacht, s.63. BGE 124 III 401, E. 2a.

⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.102.

⁷¹ Bucher, N.795, s.251; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N.17.05, s.286; Hegnauer, Art.270, N.57.

⁷² Rüfenacht, s.63.

⁷³ Dural/Öğüz, s.170; Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, C.2, 11. Bası, Beta, Ankara, 2008, s.394; Cengiz, s.93-94; Öztan, Temel Kavramlar, s.302. Yazar, başka bir eserinde ise, çocuğun adının değiştirilmesinde anne ve babanın rızalarının birlikte aranacağını belirtmektedir. Bkz. Öztan, Şahsın Hukuku, s.177.

⁷⁴ Oktay Özdemir, s.297.

⁷⁵ Moroğlu, s.31-32.

İsviçre Federal Mahkemesi de evlilik içi çocuğun soyadının, boşanan ve önceki soyadını kullanmaya başlayan annenin soyadına dönüştürülmesine karar vermiştir⁷⁶. Mahkeme, Yargıtay'dan farklı olarak, Art.30 Abs.1 ZGB çerçevesinde soyadının değiştirilmesi için somut olayda haklı bir neden bulunup bulunmadığını incelemiş, özellikle çocuğun annenin ve ailesinin yanında büyütülmesi, okulda bu ailenin soyadı ile tanınması, annenin diğer çocuklarının da anne ile aynı soyadını taşıyor olması, anne ile çocuk arasındaki ilişkinin kalıcı olması (çocuğun beş yıldır anne ile birlikte yaşıyor olması) gibi somut nedenlere dayanarak karar vermiştir. Federal Mahkeme bir başka kararında evlilik içi çocuğun soyadının değiştirilmesinde, annenin soyadı ile çocuğun soyadının mümkün olabilen en kısa sürede uyumlu hale getirilmesi ile kalıcı bir çözüm sağlanmasında çocuğun yararı arasında uygun bir denkleştirme yapılması gerektiğini belirterek, somut olayda annenin henüz yirmi bir yaşında olması ve yeniden evlenme olasılığının yüksek olması, soyadı değişikliğine ilişkin davanın boşanmadan hemen beş ay sonra açılmış olmasına dayanarak talepleri reddetmiştir. Mahkeme, kararında ancak çocuk ile anne arasında sürekli bir yaşam ortaklığı olması halinde taleplerin kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Bu ise, çocuk ile anne arasında tüm öngörülere göre bir yaşam ortaklığının devam etmesi ve annenin yeniden evlenmesi sebebiyle soyadının değişikliğinin beklenmemesi halinde mümkün olabilecektir. Ancak Federal Mahkeme, sonraki kararlarında içtihadını biraz değiştirerek tüm bu koşulların yanında ayrıca somut olayda çocuğun soyadının değiştirilmesi için babanın soyadını taşımasının çocuğa bir zarar verdiğini gösteren objektif bir sebebin varlığının kanıtlanmasını da aramaktadır⁷⁷.

Bu sebeplerle, evlilik içi çocuk, babasının soyadını taşıması zorunlu olmakla birlikte, eğer bu soyadının değiştirilmesi için haklı nedenler bulunmaktaysa, özellikle velayet annede ise, çocuk annenin tabi olduğu çevrede anne ve ailesiyle birlikte yaşamaktaysa ve çocuk annesinin ve ailesinin çevresinde bu yeni soyadıyla tanınmaktaysa, fakat çocuk ile baba arasındaki kişisel ilişkiler kopmuşsa, babanın soyadını taşıması çocuğa zarar veremekteyse, çocuğun annenin yeni soyadını alması bakımından haklı bir neden olduğu kabul edilebilir⁷⁸. Mahkemenin somut olayda çocuğun babası ile ve annesi ve ailesi ile ilişkilerinin değerlendirilmesinde ve çocuğun bu yeni sosyal çevrede bu yeni adıyla tanınıp tanınmadığı konusunda geniş bir inceleme ve değerlendirme yapması da gereklidir⁷⁹. Özellikle anne ve baba arasındaki evliliğin sona erdiği ve velayet hakkının anneye verildiği her halde çocuğun soyadının otomatik olarak değiştirilmesinden kaçınılmalı, somut olayda çocuğun menfaatini korumak adına, soyadının değiştirilemezliği ilkesine istisna tanınmasının gerekli olup olmadığını takdir etmeli-

⁷⁶ BGE 109 II 179.

⁷⁷ BGE 17.3.2011 tarihli 5A.624/2010 (Pra. 2011, N.94); BGE 5C.163/2002 (bu kararın incelemesi için bkz. **Peter Breitschmid**, "Bundesgericht, BGE 5C.163/2002, Urteil vom 1.10.2002, nicht zu amtli. Veröffentlichung bestimmt (vgl. Felber, Keine Änderung des "balkanischen" Namens, Jusletter 18.11.2002)", AJP 2003, s.702 vd.; BGE 5C.97/2004. Ayrıca bkz. **Rüfenacht**, s.64.

⁷⁸ Aynı yönde **Moroğlu**, s.102; **Bucher**, N.817, s.256; **Alexandra Rumo-Jungo/Simon Bachmann/Nicola Fumasoli**, Kind und Scheidung, Schulthess, Zürich Basel Genf, 2006, N.130, s.295; **Akyüz**, s.95-96; **Serozan**, § 5, N.88, s.239; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s.399; **Rüfenacht**, s.65.

⁷⁹ **Hegnauer**, Art.270, N.73.

dir. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında, artık mevcut soyadını kullanmaya devam etmesinin çocuğa sosyal bir zarar vermesi gereği aranmakta, sadece çocuk ile annenin soyadının farklı olmasının soyadı değişikliğini sağlamaya yetecek haklı bir neden sayılamayacağı kabul edilmektedir⁸⁰. Ayrıca bu yöndeki davalarda babanın dinlenme hakkı olduğu dikkate alınmaktadır⁸¹. Bu itibarla Türk hukuku açısından da baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkilerin yoğunluğu değerlendirilirken mümkün ise babanın da dinlenmesi gereklidir⁸². Ancak soyadı üzerindeki hakkın kişilik hakkı olması dolayısıyla, babanın çocuğun soyadının değiştirilmesine itiraz hakkı yoktur. Zira değiştirilen, babanın soyadı değil, çocuğa ait olan ve onun kişilik değerlerinden birisi olan çocuğun soyadıdır⁸³. Ayrıca annenin gelecekteki yaşam ilişkilerinin, özellikle de yeni bir evlilik yaparak soyadını değiştirme ihtimalinin belirsiz olduğu dönemlerde, soyadı değişikliği yapılmasını biraz daha beklemede menfaati bulunduğu için, çocuğun soyadının değiştirilmesinden kaçınılmalıdır⁸⁴.

b. Çocuğa Üvey Babanın Soyadı Verilebilir mi?

Çocuğun velayet hakkına sahip olan annenin bir başkası ile evlendiği ve annenin yeni eşinin soyadını taşıması ihtimalinde ise, çocuğun soyadının MK md.27 f.1'den yararlanılarak annenin yeni soyadına dönüştürülmesinin mümkün olup olmayacağına da değinmek gereklidir.

Yargıtay uygulamasına konu olan bir olayda, ergin kişi, annesinin yaptığı ikinci evlilik ile X soyadını kazandığını, kendisinin de toplum içinde annenin yeni eşinin kızı olarak tanınıp bilindiğini belirterek, soyadının X olarak değiştirilmesini talep etmiş, talebi ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay⁸⁵, ilgilinin soyadını daha önceden başka bir gerekçe ile (evlat edinildiği kişinin soyadını açtığı dava ile değiştirilmesi gerekçesi ile) açtığı nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile değiştirdiği, NHK md.36 f.1 b gereğince soyadı değişikliğine ilişkin davaların bir defadan fazla açılmayacağı gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir. Bir başka deyişle Yargıtay sorunun esasına ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi ise, çocuğun annesi yeniden evlenirse çocuğun üvey babasının soyadını taşımasına Art.30 Abs.1 ZGB çerçevesinde karar verilebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme kararına göre⁸⁶, evlilik içi çocuklar, anne ile üvey babanın ailesinde yaşamaktaysa ve onun soyadıyla çevrede tanınıp bilinmekteyse, Art.30 Abs.1 ZGB çerçevesinde çocuğun soyadının değiştirilmesinde haklı bir neden bulunmaktadır. Fakat Mahkeme, daha sonraki kararlarında⁸⁷ bu koşulların yanında çocuğun

⁸⁰ BGE 5 C.163/2002, E.2,3; 5C.97/2004; 126 I 1, 124 III 401; 121 III 147. Ayrıca bkz. **Bühler**, Basler Kommentar, Art.270, N.16.

⁸¹ BGE 105 Ia 619. Ancak baba uzun zamandan beri bilinmeyen bir yerde bulunmaktaysa veya sürekli olarak ayırt etme gücünü yitirmişse dinlenmesine gerek yoktur. Bkz. **Bucher**, N.824, s.258.

⁸² **Özsunay**, s.202; **Tekinay**, s.284.

⁸³ **Bucher**, N.820, s.257.

⁸⁴ **Bucher**, N.817, s.256.

⁸⁵ YHGK, 2010/18-563 E., 2010/554 K., 3.11.2010 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁶ BGE 99 1A 561 vd.

⁸⁷ BGE 124 III 401 vd.; 16 Ağustos 2005 tarihli karar: 5P.152/2005/blb.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ayrıca üvey babanın soyadını almasına karar verilebilmesi için somut olayda özel durumların bulunması gerektiğine karar vermiş ve içtihadını değiştirmiştir.

Öğretide, bazı yazarlar, boşanmış annenin yeniden evlenmesi halinde kazandığı yeni soyadının velayet hakkı annede ise çocuğa verilebileceği, bu açıdan soyadının değiştirilmesinde haklı nedenin bulunduğunu kabul etmektedir⁸⁸. Bazı yazarlar ise, evlilik içinde doğan çocuklar bakımından bu görüşe karşı çıkmaktadır⁸⁹.

Kanaatimizce, çocuğun annenin yeni eşinin soyadını MK md.27 f.1'e dayanılarak almasına karar verilmesinde hâkimin çok çekingen davranması yerinde olacaktır. Zira evlilik içi çocuğun annenin yeni eşinin soyadını taşımasına karar verilmesi bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir. Öncelikle, adın değiştirilmesi davası, çekişmesiz yargılama usulüne tabi olduğundan⁹⁰ (HMK md.382 f.2 a 1) davada tek taraf, talepte bulunan, vardır. Dolayısıyla annenin yeni eşi davada taraf değildir. Bu durumda, çocuğun annenin yeni eşinin soyadını almasına karar verilirse, annenin yeni eşinin, MK md.27 f.4 gereği, çocuğun adının değişmesi yüzünden zarara uğradığı gerekçesiyle değişikliği öğrendiği günden itibaren bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını isteme hakkının bulunduğu söylenebilir. Özellikle, ad değişikliğinin, iki kişi arasında mevcut olmayan bir bağın varlığı izlenimi uyandırması halinde hâkimin değişikliği iptal edeceği öğretide kabul edilmektedir⁹¹. Bu nedenle, eğer kadının yeni eşi, çocuğa, kendisinin de taşıdığı soyadının verilmesine, sanki çocuk ile arasında soybağı ilişkisi olduğu izlenimi yarattığı ve bu sebeple zarara uğradığını ileri sürerek itiraz edebilir. Bu durumda hâkim bu itirazı haklı görürse, çocuk, önceki soyadına dönecektir. Bu ise, sorunu çözümlenmekten çok daha da karmaşıklaştıracak bir yoldur ve baştan beri söylediğimiz üzere çocuğun yararına değildir. Bu sorunun doğmaması için kanaatimizce, soyadının değiştirilmesine ilişkin davada, soyadının değiştirilmesine neden olacak haklı neden sorgulaması yapılırken annenin yeni eşinin de tanık olarak dinlenmesi gereklidir. Böylece hem gerçekten çocuk ile üvey baba arasındaki ilişkilerin soyadını değiştirecek yoğunlukta olup olmadığı belirlenecek hem de üvey babanın soyadı değişikliğine ilişkin görüşü alınmış olacaktır. Üvey babanın davada olumlu yönde görüş bildirdikten sonra, soyadı değişikliğine ilişkin karara itiraz etmesi ise bu kez dürüstlük kuralına (MK md.2) aykırı olacaktır (çelişkili davranış yasağı).

Diğer yandan çocuğa üvey babanın soyadının verilmesi halinde, eğer anne ile yeni kocası arasındaki evlilik sona ererse, anne önceki soyadına TMK md.174 gereği dönebilecek iken, çocuk için böyle bir geri dönüş olmayacak ve hatta o ikinci kez soyadının değiştirilmesi davası açamayacaktır (NHK md.36 f.1). İşte bu sakıncaları ortadan kaldırmak için yürürlükteki hukukumuz bakımından, çocuğun yeni sosyal

⁸⁸ Bucher, N.814, s.255; Kobel/Sutter-Somm, N.549, s.124.

⁸⁹ Evlilik dışı çocuğun annesinin yeniden evlenmesi halinde, çocuğun annenin soyadını bırakarak üvey babasının soyadını alması önemli bir menfaati bulunduğu için soyadının değiştirilebileceği, ancak çocuğun doğal babasının soyadını taşıması durumunda üvey babasının soyadını almaması gerektiği yönünde bkz. Özsunay, s.200.

⁹⁰ Adın değiştirilmesi davasının çekişmesiz yargılama usulüne tabi olup olmadığının tartışmalı olduğu hakkında bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.430. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG 4.2.2011 T. vew 27836 S), adın değiştirilmesine ilişkin davaların çekişmesiz yargılama usulüne tabi olduğunu açıkça düzenlemektedir.

⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.106.

çevresinde üvey baba ile anne (varsa diğer kardeşlerden) oluşan ailenin bireyi olarak tanınıp tanınmadığı, okulda ve diğer sosyal çevredeki bu yöndeki tepkiler, gerçek baba ile olan ilişkileri gözetilerek değerlendirme yapılmalı, çocuğun gerçek babanın soyadını taşıması halinde bundan dolayı zarar görüp görmediği, çocuğun yararı çerçevesinde değerlendirilmelidir.

c. Diğer ihtimaller

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, anne ve babası evli iken doğan çocuk, babasının soyadını taşıyacaktır. Ancak somut olayda çocuğun soybağının kurulması ile elde ettiği soyadını taşıması, çocuğun menfaatlerini zedeleyeceğini ortaya koyan haklı bir neden bulunmaktaysa zorunlu olmamalıdır. Soyadının değiştirilmesine neden olabilecek haklı nedenler, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle sınırlı değildir. Buna göre, babanın haysiyet kırıcı bir suçtan mahkûm olması⁹², babanın soyadının gülünç, çirkin, iğrenç ve ahlâka aykırı anlam taşıması⁹³, soyadının çocuğun ticari ve mesleki bakımdan ilerlemesine engel olması⁹⁴ haklı sebeplere örnek verilebilir. Bu hallerde, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, çocuk soyadının değiştirilmesini MK md.27 f.1'e dayanılarak talep edebilecektir. Bu taleplerin ileri sürülmesi içinse, çocuğun tam ehliyetli olması şart değildir. Kanaatimce, henüz ergin olmadığı gerekçesiyle ayırt etme gücünü haiz küçüğün soyadının değiştirilmesi talebi reddedilmemeli, onun davayı açması için ergin olmasını beklemeye zorlanmamalıdır. Aksinin kabulü, MK md.27 f.1 hükmünün amacına aykırıdır.

d. Olması Gereken Hukuk Açısından Çözüm Önerimiz

Çocuğun soyadı bakımından her devlet farklı bir düzenleme yapmaktadır. Ancak ortak özellikleri açısından ele alındıklarında bu düzenlemelerde ya ataerkil ya anaerkil sistem ya da soyadının seçme yoluyla belirlenmesi sistemi esas alınmaktadır⁹⁵. Örnek olarak İsviçre ve Türkiye, ataerkil sistemi kabul ederek, evlilik içinde doğan çocukların babalarının soyadını⁹⁶ taşıyacaklarını kabul etmiştir. Anaerkil sistem ise genelde seçme usulünün kabul edildiği sistemlerde ikincil bir çözüm olarak kabul edilmektedir. Her iki sistem de cinsler arası eşitliğe aykırı olarak bir tarafa üstünlük tanınması açısından yerinde değildir. Buna karşılık bazı hukuklarda (örnek olarak Peru, Portekiz) hem ananın hem de babanın soyadının çocuğa verileceği kabul edilerek her iki sistem de birlikte uygulanmaktadır. Bu sistemde ise soyadının çok uzun olması ve karışıklığa yol açması sorunu bulunmaktadır. Seçme usulünün kabul edildiği sistemde ise, çocuğun soyadı anne ve babanın yapacağı seçim yoluyla belirlenir. Ancak seçim hakkının ne zaman kullanılacağı, hangi seçim olanaklarının bulunduğu, kardeşlerin soyadının birbiriyle uyumlu olup olmasının gerekmediği her ülkenin mevzuatına göre değişmektedir.

⁹² Bucher, N.799, s.252; Bühler, Basler Kommentar, Art.270, N.15.

⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.102; Bühler, Basler Kommentar, Art.270, N.15.

⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.102.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Abik, s.70 vd., 144 vd.

⁹⁶ İsviçre hukukunda bu kural olmakla birlikte eğer Art. 30 Abs.2 ZGB çerçevesinde kadın eşin soyadı aile adı olarak kullanılacaksa, çocuk da bu soyadını alacaktır. Bkz. yukarıda II B.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Seçme usulü ile soyadının belirlenmesinin kabul edildiği ülkelerden birisi de Almanya'dır. Bu düzenlemelere göre, çocuk evlilik içinde doğmuşsa ve anne ve baba velayet hakkına birlikte sahipse, çocuk evlilik adını⁹⁷; anne ve babanın evlilik adı yoksa ve velayet hakkını hem anne hem de baba birlikte kullanıyorsa, onların nüfus idaresine yapacakları beyanla belirledikleri adı taşımalıdır⁹⁸. Son halde, anne ve baba, ikisinden birinin soyadının çocuğa konulmasını seçebilirler; bu haklarını kullanmazlarsa, mahkeme belirleme hakkını anne ve babadan birisine verir. Verilen süre içinde bu hak da kullanılmazsa çocuk kendisine belirleme hakkı verilen tarafın adını kazanır (BGB § 1616, 1617)⁹⁹. Velayet anne ve babadan birine aitse, çocuk, onun çocuğun doğumu sırasındaki soyadını kazanır; ancak velayet hakkına sahip olan (anne veya baba) diğer tarafın (babanın veya annenin) soyadının çocuğa verilmesine izin verebilir ve hatta çocuk beş yaşını doldurduysa onun da onayının alınması gereklidir (BGB § 1617a). Bu şekilde çocuğa soyadı verildikten sonra anne ve baba birlikte velayet hakkını elde ederse, anne ve baba, beş yaşını doldurduysa çocuğun da onayını alarak, çocuğun soyadını yeniden belirleme hakkına BGB §1617 b çerçevesinde sahiptir¹⁰⁰. BGB § 1818 'e göre velayet hakkına sahip olan eş bir başkasıyla evlendiğinde ve çocuk bu yeni ailede yetişmekte ise nüfus müdürlüğüne yapacakları bildirimle çocuğa kendi belirledikleri evlilik adını verebilir veya evlilik adını çocuğun soyadının başına veya sonuna ekleyebilirler. Ancak eğer velayet hakkı her iki ebeveyn tarafından kullanılıyorsa veya çocuk diğer velinin soyadını taşıyorsa onun, çocuk beş yaşını doldurmuşsa çocuğun da rızası alınmalıdır. Çocuğun yararı soyadı değişikliğini gerektiriyorsa mahkeme de diğer velinin rızasının yerine karar verebilir¹⁰¹.

Kısaca anlattığımız bu sistem, anne ve baba = kadın ve erkek arasında ayrım yapmadan ve bir tarafa üstünlük tanımadan, çocuğun soyadının öncelikle tarafların iradelerine göre kullanacakları seçim hakkına bağlı olarak belirlenmesini öngördüğünden son derece demokratiktir¹⁰². Ayrıca annenin ve babanın soyadını belirleme yetkilerini kullanmadıkları halde soyadının zorunlu olarak taşınması gereğinden ve sosyal düzeni sağlama işlevinden ötürü nasıl belirleneceğini de yine kadın ve erkek eşitliğini gözeterek bir cinse ayrımcılık yapmaksızın belirlenmesi bakımından son derece ileridir. Diğer yandan çocuğa da belirli bir yaş doldurması halinde muvafakat verme yetkisinin tanınması hem çocuğun yararına hem de soyadını belirleme hakkının niteliğine

⁹⁷ BGB § 1355 gereğince evlenen eşler, ortak bir aile adı belirleyebilir; buna göre eşler nüfus memuruna yapacakları bir beyanla kocanın veya kadının doğumdaki adının aile adı olmasını bildirebilecekleri gibi, bu beyan evlendikten sonra beş yıl içinde de yapılabilir. Doğumdaki adı evlilik adı olmayan eş, nüfus memuruna yapacağı beyanla evlilik adına doğumdaki adını veya evlilik adının belirlenmesine ilişkin beyanda bulunduğu sırada taşıdığı adı ekletebilir. Eşler aile adı belirlememişlerse, evlenme anında taşıdıkları adı evlenmeden sonra da taşımaya devam ederler. Bkz. **Diedrichsen**, "Die Neuordnung des Familiennamensrechts", NJW 1994, 1089 vd.; **Abik**, s.144 vd.

⁹⁸ **Reiner Kemper**, Bürgerliches Gesetzbuch, Schulze u.a., 6. Auf., 2009, §1616 Rn.1; **Enders**, Beck'scher Online-Kommentar, herausg: Bamberger/Roth, Ed.18, § 1616, 16; **Diedrichsen**, s.1092; **Suhr**, s. 5

⁹⁹ **Reiner Kemper**, §1617 Rn. 2 vd.

¹⁰⁰ **Reiner Kemper**, §1617b Rn. 2.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Enders**, Beck OK BGB § 1618.

¹⁰² Benzer bir öneri için bkz. **Acabey**, s.284.

uygundur. Ayrıca bu sistemde çocuğun, sadece bir soyadı kullanacağı öngörülerek, anne veya babası iki soyadı kullanıyorsa bu ek soyadının çocuğa geçmeyeceği kabul edilmiş ve böylece ad zincirlerinin kurulması önlenmek istenmiştir¹⁰³. Kanaatimizce, buna benzer bir sistemin Türk Hukukunda da düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu itibarla, çocuğun evlilik dışı-evlilik içi olmasına göre ayırım yapılarak eşitsizlik yaratılması ve çocuğun yararına aykırı olan sonuçların doğması önlenmiş olacaktır.

IV. Sonuç

TMK md.321 gereği anne ve baba “evli” ise çocuk, ailenin soyadını taşıyacaktır. Böylece eşlerin ve çocukların, birbirlerine bağlılıklarını ifade edecek şekilde aynı soyadını taşıması sağlanacaktır. Anne ve babası evli olan çocuklar, ilk olarak TMK md.285 gereği, anne ve babası evli iken doğan ve ana rahmine düşen çocuklardır. Eğer çocuk annesi ve babası evlenmeden dünyaya gelmişse, fakat anne ve babası sonradan birbiriyle evlenmişse, çocuk, evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur (TMK md.292) ve aile soyadını taşır. TMK md.321, TMK md.187 ile birlikte yorumlandığında, aile soyadı ile kast edilenin kocanın soyadı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, anne ve babası evli olan çocuklar, babalarının soyadını taşımak zorundadır.

Ancak anne ve eşi arasındaki evlilik devam ederken çocuğun ailenin soyadını taşıması kuralının birtakım istisnaları bulunmaktadır. Bunların başında, anne ve eşi evli iken doğan ancak TMK md.285’teki babalık karinesi kapsamına girmeyen çocuklar veya bu karine kapsamından çıkarılan çocuklar gelmektedir. Aslında bu ihtimaller, çocuğun babasının soyadını taşıması kuralının bir istisnası değildir, zira bu hallerde annenin eşi, çocuğun babası değildir. Nitekim TMK md.321 c.1’de ana ve “babası” evli olan ifadesi ile babanın soyadının kazanılmasında, çocuk ile baba arasında soybağının kurulması gereği aranmaktadır. Bu soybağı ilişkisi ise, yukarıda belirttiğimiz ihtimallere göre kurulabilmektedir. Eğer çocuk ile annenin eşi arasında yukarıda belirttiğimiz ihtimaller çerçevesinde soybağı ilişkisi kurulamamışsa, çocuk annenin “eşinin” soyadını taşıyamaz. Diğer istisna ise, TMK md.27 f.1 gereği çocuğun soyadının değiştirilmesi hâlidir. Bu ihtimalde ise çocuğun babasının soyadını taşıması kuralının bir istisnası söz konusudur.

Uygulamada çocuğun soyadının babanın soyadından başka bir soyadına dönüştürülmesinin talep edildiği hallerde, anne ile baba arasındaki evlilik sona ermiş ve velayet hakkı anneye bırakılmıştır. Bu hallerde davalar, ya velayet hakkına sahip olan anne tarafından açılan ve çocuğun soyadının kendi soyadına dönüştürülmesine ya da annenin yeniden evlenmesi ile kazandığı soyadının çocuğa verilmesine yöneliktir. Yargıtay, İsviçre Federal Mahkemesi’nden farklı olarak, anne tarafından çocuğu temsilen açılan davaları, evlilik içi çocukların babalarının soyadını taşıyacaklarına ve boşanma veya butlan davası ile evliliğin sona ermesinde bile bu kuralın geçerli olduğunu düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olması ve adın değiştirilmesi talebinin kişiye sıkı suretle bağlı hak olması nedeniyle davanın velayet hakkı sahibi kişi tarafından açılmayacak olması gerekçeleriyle reddetmektedir. Ancak kanaatimizce, bu içtihatlar

¹⁰³ Nomer, s. 429; *Diedrichsen*, s.1092. Karşılaştırmalı hukukta çocuğa birden fazla soyadı verilmesi olanağı tanıyan hukuk sistemleri ve bu konunun Alman Hukukunda ele alınması hakkında bkz. *Suhr*, s. 5 vd. Ayrıca bkz. *Nikola Koritz*, “Warum keine middle names in Deutschland?”, FRP 2009, s. 358 vd. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

yerinde değildir. Evlilik içi çocuk, babasının soyadını taşıması zorunlu olmakla birlikte, eğer bu soyadının değiştirilmesi için haklı nedenler bulunmaktaysa, özellikle velayet annede ise, çocuk annenin tabii olduğu çevrede anne ve ailesiyle birlikte yaşamaktaysa ve çocuk annesinin ve ailesinin çevresinde bu yeni soyadıyla tanınmaktaysa, fakat çocuk ile baba arasındaki kişisel ilişkiler kopmuşsa, babanın soyadını taşıması çocuğa zarar vermekteyse, çocuğun annenin yeni soyadını alması bakımından haklı bir neden olduğu kabul edilebilir. Bu hallerde ise TMK md.27 f.1 hükmüne başvurularak çocuğun soyadını değiştirmek mümkündür. Diğer yandan evliliğin sona ermesi halinde velayet anneye bırakılsa bile çocuğun babanın soyadını taşıyacağı veya onun seçeceği soyadını taşıyacağına ilişkin Soyadı Kanunu'nun md.4.f.2.c.1 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi de –kararın yürürlüğe girmesinden itibaren- artık eşitliğe aykırı bu hükme dayanılmasını da engelleyecektir.

Çocuğun velayet hakkına sahip olan annenin bir başkası ile evlendiği ve annenin yeni eşinin soyadını taşıması ihtimalinde ise, çocuğun soyadının MK md.27 f.1'den yararlanılarak annenin yeni soyadına dönüştürülmesinde, çocuğun yeni sosyal çevresinde üvey baba ile anne (varsa diğer kardeşlerden) oluşan ailenin bireyi olarak tanınıp tanınmadığı, okulda ve diğer sosyal çevredeki bu yöndeki tepkiler, gerçek baba ile olan ilişkilerin tümü gözetilerek ve özellikle, çocuğun yeni soyadını aldıktan sonra bir daha aynı sebeple soyadının değiştirilmesi davası açamayacağı yasağı dikkate alınarak, dikkatli bir değerlendirme yapılmalıdır.

Olması gereken hukuk açısından ise, demokratik, ilerici olması, kadın ve erkek eşitliği ile eşler arasındaki eşitliği sağlaması, evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında doğan çocuklar arasında eşitsizlik yaratmaması sebepleriyle, anneye ve babaya çocuğun soyadını seçme usulü ile belirlemek hakkı veren bir sistemin tercih edilmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA¹⁰⁴

Abik, Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Acabey, Beşir, Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.

Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2008.

Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, 7. Bası, Beta, İstanbul 2009.

Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların hakları ve Korunması, Regem Akademi Yayınları, Ankara 2010.

Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

¹⁰⁴ Bir yazarın birden fazla eseri söz konusu olduğunda kullanılan kısaltma, parantez içinde gösterilmiştir.
YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)

Breitschmid, Peter, “Bundesgericht, BGE 5C.163/2002, Urteil vom 1.10.2002, nicht zu amtl. Veröffentlichung bestimmt (vgl. Felber, Keine Änderung des "balkanischen" Namens, Jusletter 18.11.2002)”, AJP 2003, s.702 vd.

Bucher, Andreas, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. Auf., Helbing /Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1995.

Bühler, Roland, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 3. Auf., Herausgeber: Honsell/Vogt/Geiser, Helbing § Lichtenhahn, Basel, Genf, München, 2006. (Basler Kommentar).

Bühler, Roland, Kommentar zum Namensrecht, <http://www.jusfind.ch.de/kommentar-namensrecht.html>

(Çevirimiçi: 25.5.2011). (Kommentar zum Namensrecht)

Cengiz, Bilal, Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Enders, Beck'scher Online-Kommentar, Herausg: Bamberger/Roth, Ed.18.

Diedrichsen, “Die Neuordnung des Familiennamensrechts”, NJW 1994, 1089 vd.

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2011 s.157.

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan Gümüş, /M. Alper, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2011.

Gümüş, M. Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Hegnauer, Cyril, Berner Kommentar, B.II, 2. Abteilung, 2. Teilband, Lieferung I, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art.270-275 ZGB, Verlag Staepfli & Cie AG, Bern 1991.

Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht, 4. Auf., Staempfli Verlag, Bern 2010.

Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2010.

Kemper, Reiner, Bürgerliches Gesetzbuch, Schulze u.a., 6. Auf., 2009.

Kobel, Felix / Sutter-Somm, Thomas, Familienrecht, Schulthess, 2009.

Koritz, Nikola, “Warum keine middle names in Deutschland?”, FRP 2009, s.358 vd.

Moroğlu, Nazan, Kadının Soyadı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.

Nomer, Haluk Nami, “Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Y.22, S.2, 2002,s.424 vd.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, İstanbul 2011.

Oğuzman, M. Kemal /Özer Seliçi /Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 10. Bası, İstanbul 2010.

Oğuzman, M. Kemal /Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

Oktay Özdemir, Saibe, “Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler”, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2009, s.289 vd.

Özdamar, Demet, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul 1979.

Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006 (Temel Kavramlar).

Öztan, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997 (Şahsın Hukuku).

Pedrazzini, Mario M. / Oberholzer, Niklaus, Grundriss des Personenrecht, Verlag Staempfli & Cie AG Bern 1993.

Rumo-Jungo, Alexandra / Bachmann, Simon / Fumasoli, Niccola, Kind und Scheidung, Schulthess, Zürich Basel Genf, 2006.

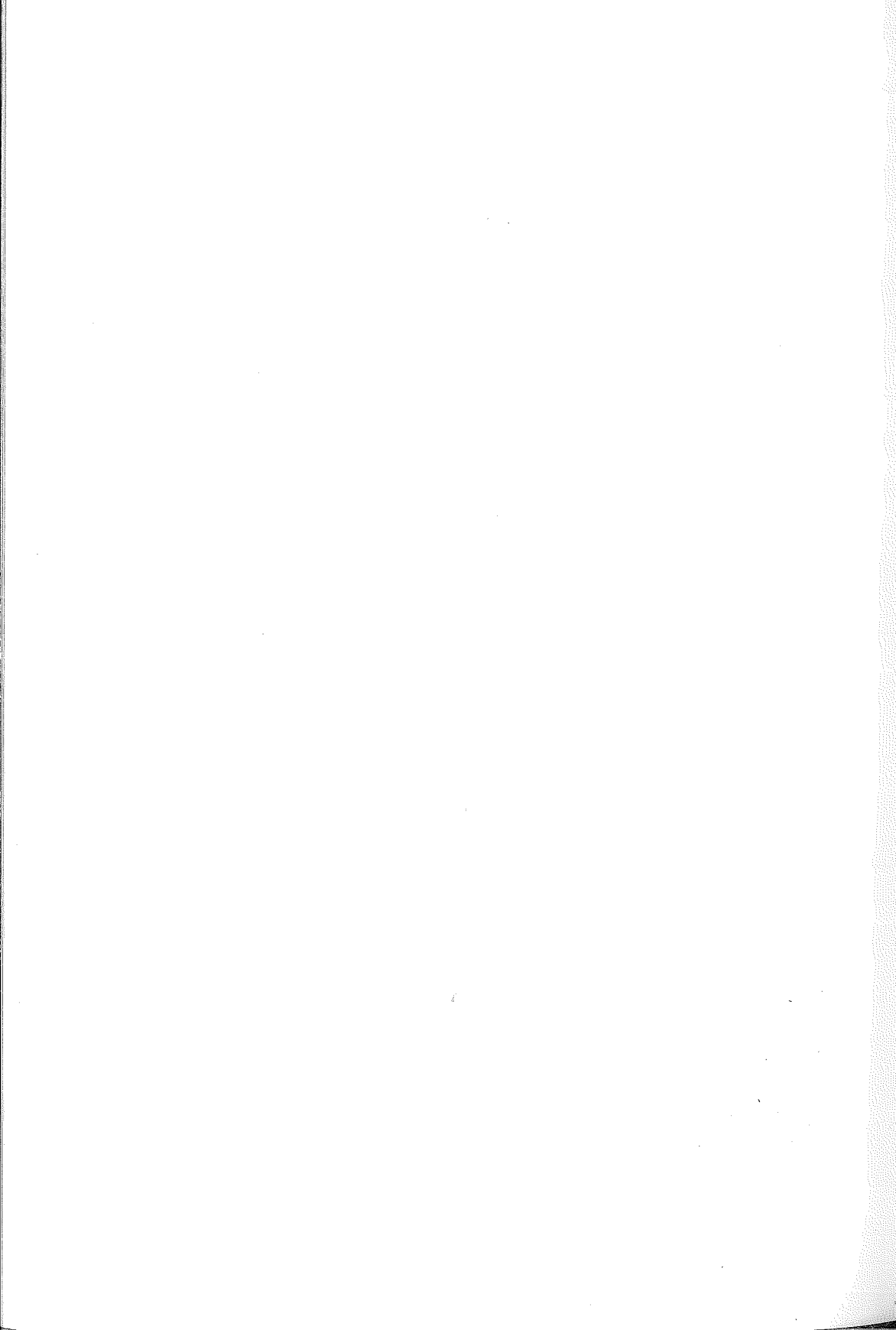
Rüfenacht, Michael, "Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungskind", recht 2005, H.2, s. 62 vd.

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Suhr, Martina, "Sag mir, wie du heisst, und ich sage dir, woher kommst! Nachnamen von Kindern, deren Eltern keinen gemeinsamen Familiennamen führen, im internationalen Vergleich", FPR 2010/4, s.5 vd.

Tekinay, S. S., Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Schulthess, 2002.



TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ İLE FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

(A COMPARISON OF EXCLUSIVE DISTRIBUTORSHIP AGREEMENTS WITH FRANCHISE
AGREEMENTS)

Araş. Gör. / Res. Asst. Caner BULUR*

ÖZET

Bu çalışmamızda, kanunlarımızda özel olarak düzenlenmedikleri için karıştırılabilen ve bu nedenle uygulamada sorunlar yaşanabilen iki sözleşmeyi, tek satıcılık sözleşmesi ile franchise sözleşmesini karşılaştırdık. Çalışmamızda, öncelikle bu sözleşmeleri ayrı ayrı tanımlayıp unsurlarını belirledikten sonra benzerliklerini ve farklılıklarını karşılaştırdık.

Anahtar Kelimeler: Tek satıcılık sözleşmesi, franchise sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü.

ABSTRACT

The following paper compares two different but similar agreements: exclusive distributorship agreement and franchise agreement. These agreements are not regulated in our legal codes. Therefore, problems may occur in the practise. This paper examines these two types of agreement, and defines the similarities and differences between them.

Keywords: Exclusive distributorship agreement, franchise agreement, liberty of contract.

GİRİŞ

Günümüzde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılabilen franchise ve tek satıcılık sözleşmeleri, kanunlarımızın ilk yapıldıkları sırada ticari hayatta sıklıkla kullanılmadıkları için, kanunlarımızda düzenlenmemiş sözleşmelerdir. Gerek üretimin artması, gerekse modern ekonominin yaşantımıza girmesi nedeniyle, tüketici ihtiyaç ve beklentileri değişmiş; rekabetin artması sonucunda da mal ve hizmetlerin tüketicilere sunumunda klasik sürüm metotlarının kullanılması yeterli olmamaya başlamıştır. Böylece, bu anlamda hem üretici firmaların ihtiyacına cevap verebilecek hem de tüketicilerin taleplerini karşılayabilecek olan sistemler oluşmuştur.

Franchise sistemi bu oluşum çerçevesinde meydana gelerek, günümüzdeki şeklini almıştır¹. Tek satıcılık sözleşmesi de franchise sözleşmesi gibi kanunlarımızda düzenlenmemiş olmasına rağmen ekonomi ve sanayi alanında son dönemlerde meydana gelen gelişmeler neticesinde büyük çapta seri üretim yapan yapımcıların özellikle

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

¹ KIRCA Çiğdem, "Franchise Sözleşmesi", Ankara 1997, s. 6.

de karmaşık mamullerin pazarlanmasında ihtiyaç duydukları bir sistem olarak günümüzde sıklıkla kullanılmaktadır².

Franchise sisteminin tarihçesine baktığımızda çeşitli evrelerden geçip bugünkü anlam ve şeklini almış olduğunu grmekteyiz³. ‘‘Franchising’’in 19. yüzyıl sonlarında Amerika’daki şekline baktığımızda, doktrinde ‘‘Birinci kuşak Amerikan Franchising türleri’’ veya ‘‘rn franchisingi’’ olarak adlandırılan sürüm sistemi bugünkü franchise sisteminden daha farklı ve daha çok bugün Avrupa’da ‘‘tek satıcılık sözleşmesi’’ olarak adlandırılan sürüm sistemine benzer bir sistem olarak karşımıza ıkmaktadır⁴. Günümüzde ise franchise sistemi, ‘‘rn franchisingi’’ olarak değil ‘‘işletme franchisingi’’ olarak anlařılmaktadır⁵.

Bu iki sözleşme, genel özellikleri itibari ile birbirine benzemektedir. Özellikle franchise sözleşmesinin ilk dönemlerindeki şekliyle, diğer bir ifade ile ‘‘rn franchisingi’’ ile, tek satıcılık sözleşmesi hemen hemen aynı özellikleri taşımaktadır. Fakat tek satıcılık sözleşmesi ile franchise sözleşmesi günümüzde farklılıklar arz etmektedir.

Biz bu çalışmamızda, yasalarımızda düzenlenmemiş olmasına rağmen piyasa ekonomisindeki gelişmeler sonucunda doğup gelişmiş olan ve birçok ortak noktaya sahip bulunan franchise sözleşmesi ile tek satıcılık sözleşmesini genel olarak inceledikten sonra, aralarındaki farklılıklarını belirtmeye çalışacağız.

I – GENEL OLARAK TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı ve Ekonomik İşlevi

Kanunlarımızda tek satıcılık sözleşmesine ait bir tanım yapılmış bulunmamakla birlikte, doktrindeki yaygın tanıma göre tek satıcılık sözleşmesi: ‘‘Yapımcı (retici, ithalat vb.) ile tek satıcı (ara satıcı) arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, ereve niteliğinde, sürekli bir sözleşmedir. Bununla yapımcı, mamullerin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisarı olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi ve buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenir’’⁶.

² İŞGÜZAR Hasan, ‘‘Tek Satıcılık Sözleşmesi’’, Ankara 1989, s. 1, 2.

³ Tarihçe konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR Osman Berat, ‘‘Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması’’, İstanbul 1995, s. 1-4; KIRCA, s.4-8; EBNETER J. Martin, Der Franchise-Vertrag: Unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Vertrge, Zürih 1997, s. 3 vd.; ÖZTÜRK Pınar, ‘‘Franchise Sözleşmesi’’, Yargıtay Dergisi, Ekim 1998, s.460, 461.

⁴ GÜRZUMAR, s. 1; ‘‘Franchising der ersten Generation in den USA’’ için bkz. EBNETER, s. 3.

⁵ GÜRZUMAR, s. 1, 2; KIRCA, s.8 ve 36, 38; ÖZTÜRK, s. 461.

⁶ İŞGÜZAR, s.14; TANDOĞAN Haluk, ‘‘Tek Satıcılık Sözleşmesi’’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1982 C. XI, S. 4, s. 1; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri, C.I/1, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 1988, s. 27-28; HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku zel Bölüm, İstanbul 1992, s. 55; TEOMAN Ömer, ‘‘Tek Satıcılık Hakkının nc Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanadığı’’, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. X, Ankara 1993, s. 36; İNAN T. Nurkut, ‘‘Tek Satıcılık Sözleşmesi ve nc Kişiler’’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1993, C. XVII, S. 2, s. 57; GÜRZUMAR, s. 24 vd.; ASLAN İ. Yılmaz, ‘‘Rekabet Hukuku’’, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa 2001, s. 167; TEOMAN Ömer, ‘‘Tek Yetkili Satıcılık’’, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl – Hukukî Mütalâlar (Mahkeme YHFĐ Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YHFĐ Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Tek satıcı, yapımıcının ürettiği veya dağıtımını yaptığı malları satma hakkını almakta ve bu malları kendi ad ve hesabına satmaktadır. Dolayısıyla tek satıcının hedefinin, ara kazanç olduğu ve pazarlama rizikosunun kendisine ait olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, tek satıcı kendi ad ve hesabına hareket ettiği için bağımsız bir tacir konumundadır. Buna karşılık tek satıcının yapımcı karşısında alıcı konumunda oluşu, onu yapımıcının pazarlama örgütünün daimi unsuru haline getirmekte ve bu durum yapımcı ile arasında bir bağlılık ilişkisi yaratmaktadır.

Tek satıcılık sözleşmesi, üretim özellikleri olan, belli bir müşteri çevresi bulunan, piyasada tanınmış bir markaya sahip olan yüksek değerli, teknik açıdan karmaşık ve seri halde üretilen veya lüks malların pazarlanmasını ve sürümü arttırmayı sağlamak üzere piyasa ekonomisindeki gelişmeler sonucu ortaya çıkmış bir 20. yüzyıl sözleşme tipidir⁷.

Bu sözleşme yapımcıya, sermaye koymadan ya da masraf yapmadan mallarının pazarlanmasına yön vermesi imkânı sağlamakta ve ayrıca kendi istekleri doğrultusunda satış ve müşteri hizmetleri örgütü kurma olanağı vermektedir⁸. Yapımcılar tek satıcının kurulmuş olan ticari işletmesine dayanmaktadırlar. Tek satıcının sabit müşteri çevresi, ticari itibarı ve gerekli tecrübesi mevcuttur. Ayrıca, tek satıcılar kendi ad ve hesaplarına hareket eden, bağımsız tacirler olarak sürümün risklerini bizzat taşırlar ve böylece yapımıcının pazarlama riski geniş ölçüde azalmış olur.

B. Unsurları

a) Süreklilik Arz Eden Bir Çerçeve Sözleşme Olması

Tek satıcılık sözleşmesi, tarafların asli edim yükümlülükleri sebebiyle ve sözleşmenin mahiyeti gereği sürekli borç ilişkisi doğuran çerçeve⁹ niteliğinde bir sözleşmedir. Özellikle tek satıcının, yapımıcının menfaatini koruma ve sürümü arttırma yükümlülükleri ve buna karşılık yapımıcının da tek satıcının faaliyetlerini kolaylaştırma ve destekleme yükümlülüğü sözleşme süresince devam eder. Yapımıcının sözleşme bölgesindeki şahıslara doğrudan doğruya satış yapmama yükümlülüğü de sürekli nitelik taşıyan bir yükümlülüktür¹⁰.

Kararları İle Birlikte), C. III, Kararları Tamamlanmış 2. Bası, İstanbul 2003, s.304; DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Ankara 2005, s. 32; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2008, s. 16 vd.; ARSLAN Aziz Serkan, "Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.1-2, Ankara 2008, s. 5-6; YUSUFOĞLU Fülürya, "Seçici Dağıtım Zincirinin ve Tek Satıcılığın Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması Sorunu", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 173; YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009, s. 29.

⁷ İŞGÜZAR, s. 56 vd.; TANDOĞAN, s. 28.

⁸ İŞGÜZAR, s. 57, 58; YAVUZ, s. 31.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 44 vd.; YAVUZ, s. 30.

¹⁰ İŞGÜZAR, s. 67; TANDOĞAN, Batider, s. 5, 6; DEMİR GÖKYAYLA, s. 43,44; GÜMÜŞ, s. 17; ARSLAN, s. 7; YAVUZ, s. 30.

Tek satıcı, bu sözleşme ile yapımıcının mallarını belirli veya belirsiz bir süre için satın alarak bunların pazarlamasını üstlenir; ancak, sözleşme ister belirli ister belirsiz süreli olsun, devam ettiği süre boyunca süreklilik arz eder. Sözleşmenin bir yıl veya daha az süre için yapılmış olması süreklilik unsurunu ortadan kaldırmaz; çünkü hem yapımcı hem de tek satıcı bu süre içinde asli edim yükümlülüklerini sürekli olarak yerine getirmek durumundadırlar¹¹.

b) Kendi Adına ve Hesabına Hareket

Tek satıcı, sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına, rizikosu kendine ait olmak üzere satar. Mali yönden bağımsız olan tek satıcı, kendi sermayesini koyarak sözleşme konusu malların satışının sürüm rizikosunu tamamıyla kendi üzerine alır¹². Tek satıcının, kendi ad ve hesabına hareket edip sürüm rizikosunu kendisinin üstlenmesi bu sözleşmeyi acentelik sözleşmesinden ayıran önemli bir özelliktir¹³.

Uygulamada tek satıcı, müşterinin gözünde yapımıcının temsilcisi gibi görülse de sözleşmenin bu unsurunun doğal sonucu olarak, tek satıcının yapımcıyı temsil etme yetkisi yoktur¹⁴.

Tek satıcı kural olarak faaliyetlerini ve çalışma sürelerini serbestçe düzenler; ancak yapımcı, tek satıcıya sözleşme çerçevesinde bazı yükümlülükler de verebilir. Bu durum tek satıcının yapımcı karşısındaki bağımsızlığını etkilemez¹⁵.

c.) Tek Satış Hakkı

Tek satış hakkı, bu sözleşmenin zorunlu unsurudur. Sözleşmenin yapılma amacı gereği, yapımcı sözleşme bölgesinde tek satıcı dışında başka bir satıcıya mal göndermemeyi taahhüt eder. Tek satıcının bu sözleşmeden doğan menfaati, yapımcı firmanın mallarını belirli bir coğrafi bölgede diğer satıcılarla rekabet etmeksizin satmaktır. Yapımcı da mallarının sürümünü arttırmak için belirli bir bölgede ayrı bir pazarlama organizasyonu kurmaksızın satış yapma olanağına sahip olur¹⁶.

Yapımcının satıcıya sağladığı tek satış hakkı belirli bir coğrafi bölge içinde geçerlidir. Yapımcı mallarını, o coğrafi bölgede tek satıcı dışındaki üçüncü kişilere satmamak ile de yükümlüdür. Yapımcı, malları yalnızca kendisinin satmayacağını taahhüt etmez; bunun yanında üçüncü kişilere mal satarken sözleşmeye kayıtlar koymak suretiyle, üçüncü kişilerin de tek satıcının satış hakkına sahip olduğu bölgede satış yapmalarını da engeller¹⁷.

¹¹ İŞGÜZAR, s. 67; TANDOĞAN, s. 32; ASLAN, s.172.

¹² İŞGÜZAR, s. 15; TANDOĞAN, s. 32; DEMİR GÖKYAYLA, s. 46 vd.; GÜMÜŞ, s. 17; ARSLAN, s. 6; YAVUZ, s. 30.

¹³ TANDOĞAN, Batider, s. 6; İNAN, s. 58; GÜRZUMAR, s. 22 vd.; KIRCA, s. 99 vd.; ÖZTÜRK, s. 477.

¹⁴ İŞGÜZAR, s. 16; YAVUZ, s. 25.

¹⁵ İŞGÜZAR, s. 16; İNAN, s. 58.

¹⁶ İŞGÜZAR, s.16; TANDOĞAN, s. 28; İNAN, s. 58; DEMİR GÖKYAYLA, s. 41 vd.; ARSLAN, s. 7; YAVUZ, s. 29.

¹⁷ İŞGÜZAR, s. 17; TANDOĞAN, s. 28; Ayrıca rekabetin sağlanmasına engel bu gibi hükümler nedeniyle tek satıcılık sözleşmelerinin hiçbir olumlu yönü olmadığını savunan görüş ve dayanakları için bkz. ASLAN, s. 169.

Satıcıya tanınan tek satış hakkı, sınırsız bir hak değildir. Zaman, yer, konu itibarıyla sınırları mevcuttur. Tek satış hakkı belirli bir coğrafi bölge, belirli bir zaman dilimi ve sözleşme konusu mal türü ile sınırlanmış olmalıdır¹⁸.

d) Pazarlama, Satış ve Sürümü Arttırma Faaliyeti

Tarafların tek satıcılık sözleşmesini akdederken güttükleri amaç, sözleşme konusu malların sürümünün arttırılmasıdır. Sözleşmenin konusunu oluşturan mallar belirli bir markaya ait mallar oldukları için piyasada tanınmış ve belirli bir alıcı kitlesine sahip mallardır. Bu mallara olan güvenin arttırılmaya çalışılması ve bunu yaparken gelişmiş pazarlama tekniklerinden yararlanılması ile tek satıcı sürümü arttırma yükümlülüğünü yerine getirecektir¹⁹. Tek satıcı bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirebilmek için, piyasadaki mal durumu ile alıcıların isteklerini izlemeli ayrıca bölgesindeki olağan reklamları ve yoğun müşteri hizmetlerini de yerine getirmelidir²⁰.

Tek satıcılık sözleşmesi ile dağıtımda iyileşme ve neticede olumlu gelişme olacaktır; çünkü bu sayede tüketici, ürünleri daha kolay ve çabuk elde edebilecektir. Ürünlerle ilgili karşılaşılabilecek sorunlarda kendisine daha yakın bir muhatap bulacak ve sorunlarını yöneltebilecektir. Rekabeti sınırlayıcı yönüne karşın, bu olumlu yönleri de içerdiği için RKHK²¹ m. 4/1'deki yasaktan, m.5 hükmüne ve koşullara göre muaf tutulabilecektir²².

C. HUKUKİ NİTELİĞİ

Tek satıcılık sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmakta ve bu sözleşmenin kendisine özgü bir sözleşme olup olmadığı konusunda ittifak bulunmamaktadır²³. Kanımızca tek satıcılık sözleşmesi kendisine özgü özellikleri bulunan bir sözleşmedir. Şöyle ki:

Tek satıcılık sözleşmesinde tarafları karşılıklı borç altına sokan iki temel edim söz konusudur. Bunlardan ilki çerçeve ilişkiyi belirten edim iken, diğeri bu ilişkinin uygulama aşamasını göstermektedir. Çerçeve ilişkiye göre; yapımcı, sözleşme konusu bölgede malın tek satış hakkını tek satıcıya terk etmekte ve bu bölgede gerek kendisi tarafından gerekse üçüncü kişilerce söz konusu malların satılmayacağını taahhüt etmektedir. Bunun karşılığında da tek satıcı, sözleşme ile tespit edilen bölgede malın sürümünü arttırmak borcu altına girmektedir. Bu çerçeve doğrultusunda, yapımcının malı tek satıcıya teslim etmek hak ve borcu ile tek satıcının malı telsim almak ve malın bedelini ödemek borcu oluşmaktadır. Bu özellikleri dolayısıyla tek satıcılık sözleşmesi, kendine özgü nitelik taşıyan bir sözleşme olarak kabul edilmektedir²⁴. Özel-

¹⁸ İŞGÜZAR, s. 17; YAVUZ, s. 30; KIRCA, s. 89.

¹⁹ İŞGÜZAR, s. 18; TANDOĞAN, s. 33; TANDOĞAN, Batider, s. 17; DEMİR GÖKYAYLA, s. 50, 51; YAVUZ, s. 31.

²⁰ Bu konu aşağıda "Tek Satıcının Sürümü Arttırma Yükümlülüğü" başlığı altında daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

²¹ R.G. 13.12.1994, Sayı: 22140.

²² ASLAN, s. 167, 168.

²³ HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.55; DEMİR GÖKYAYLA, s. 51; ZEVKLİLER Aydın, "Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri", 10. Bası, Ankara 2008, s. 41; GÜMÜŞ, s. 16; YAVUZ, s. 30.

²⁴ İŞGÜZAR, s. 35; TANDOĞAN, s. 40; KIRCA, s. 90; ASLAN, s. 166; DEMİR GÖKYAYLA, s. 52.

likle tek satıcının yapımcı karşısındaki bağımsız konumu, faaliyetleri kendi ad ve hesabına görmesi, onun bir temsilcisi olmaması ve yapımcının belirli bir bölgede sürümü arttırma faaliyeti içinde bulunması sözleşmenin kendine has özelliklerini ortaya koymaktadır²⁵.

İlişkinin uygulanmasında satış sözleşmeleri, çerçeve sözleşmede gösterilen temel ilke ve kurallar çerçevesinde düzenlenecek ve bu çerçeveye göre yorumlanacaktır. Çerçeve sözleşme ise sürekli borç doğuran diğer sözleşmelere uygulanan ilkeler kapsamında değerlendirilir. Örneğin mahiyeti uygun düştüğü ölçüde, adi ortaklık ya da acente sözleşmesi hakkındaki hükümler kıyasen uygulanabilir²⁶.

D. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

a) Tek Satıcının Borçları

1) Alım Yükümlülüğü

Alım yükümlülüğü genel olarak, tek satıcının alıcıya mümkün olduğu kadar çok sipariş verme yükümlülüğünü ifade eder²⁷. Bu yükümlülüğün, satıcının sürümü arttırmak yükümlülüğünün doğal sonucu olduğu söylenebilir.

Sözleşmelerde genellikle “asgari miktarda alım” zorunluluğu gösterilir. Bu asgari miktarın tayini, piyasanın koşullarına ve gelişmesine göre tarafların ilerideki bir anlaşmasına da bırakılabilir²⁸.

Tek satıcı, elde ettiği tekel hakkı karşılığında alım yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Şayet bu yükümlülük yerine getirilmezse, yani satıcı belirli dönemlerde tespit edilmiş asgari satış miktarını tutturamazsa, bu durumda yapımcı ifa davası açabilir veya önelsiz olarak sözleşmeyi feshedebilir (BK. m.106 ve 211)²⁹.

Tek satıcı alım yükümlülüğünü yerine getirdiğinde buna bağlı bir yükümlülüğü daha yerine getirmek durumunda olacaktır ki, bu da aldığı malların bedelini ödeme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük yerine getirilmezse yapımcı, siparişi verilmiş fakat teslimi yapılmamış malları teslim etmeyebilir veya bedeli ödenmeden teslim gerçekleştirmişse sözleşmede saklı tuttuğu fesih hakkını kullanabilir³⁰.

2) Sürümü Arttırmak İçin Faaliyette Bulunma Yükümlülüğü

Tek satıcı, sözleşme ile tespit edilen bölgede malların sürümünü arttırmak, hızlandırmak ve geliştirmek için faaliyette bulunma yükümlülüğü altındadır. Burada tek satıcının yükümlülüğü, hizmet edimi yükümlülüğüdür³¹. Bu yükümlülüğün kapsamı taraflarca kararlaştırılabilir; ancak böyle bir kararlaştırılma yapılmamışsa kapsam genel olarak basiretli bir tacirin işlerinde göstermesi gereken özene göre belirlenir³².

²⁵ İŞGÜZAR, s. 36.

²⁶ Ayrıntı için bkz. İŞGÜZAR, s. 34 vd.; TANDOĞAN, s. 50; ASLAN, s. 166, 167.

²⁷ YAVUZ, s. 32; İŞGÜZAR, s. 69; DEMİR GÖKYAYLA, s. 121.

²⁸ İŞGÜZAR, s. 69; TANDOĞAN, s. 43; DEMİR GÖKYAYLA, s. 124 vd.

²⁹ TANDOĞAN, Batider, s. 16; YAVUZ, s. 26; İŞGÜZAR, s. 72; DEMİR GÖKYAYLA, s. 123.

³⁰ TANDOĞAN, Batider, s. 16-17; İŞGÜZAR, s. 72; TANDOĞAN, s. 43.

³¹ İŞGÜZAR, s. 72, 73.

³² İŞGÜZAR, s. 73; TANDOĞAN, s. 43; YAVUZ, s. 26; DEMİR GÖKYAYLA, s. 133, ayrıca s.160, 161.

Tek satıcı, müşteri çevresinin gereksinmelerine cevap verecek tarzda ve büyüklükte bir satış yerine sahip olmak zorundadır. Bu satış yerinin düzenlenmesi, büyüklüğü ve satılacak malların teşhiri, yapımıcının markasının teşhiri açısından önemlidir. Tüm bunların yerine getirilebilmesi için tek satıcının işletmesinde yeterli sayıda ve kalitede personel çalıştırması zorunludur³³.

Tek satıcı, sözleşme ile açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, malların sürümünü arttırabilmek için reklam yapmak zorundadır. Bu reklam zorunluluğu yerel haberleşme araçları ile yapılacak reklama ilişkindir. Şayet olağan dışı reklam yapılacaksa, örneğin yurt çapında, reklam masrafları yapımcı ile tek satıcı arasında paylaşılabilirliği gibi sadece yapımcı tarafında da karşılanabilir³⁴.

3) Yapımcının Talimatlarına Uyuma Yükümlülüğü

Çalışmamızın başından beri belirttiğimiz gibi, tek satıcı, faaliyetlerini kendi ad ve hesabına yapar; ancak bu durum tek satıcının yapımcıdan tamamen bağımsız ve ondan hiçbir şekilde talimat almaması anlamına gelmemektedir. Bu talimatlar tek satıcının faaliyetlerinin genel hatlarını belirlemek şeklinde olacaktır; yoksa yapılan faaliyetlerin ayrıntılarına ilişkin talimatlar veremez³⁵.

Ayrıca yapımcının iyi niyet kurallarına uygun, sözleşme amacına aykırı olmayan talimatlar vermesi de gerekmektedir. Bu şekilde yapımcının vermiş olduğu talimatlar tek satıcının uyuma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tek satıcının bu yükümlülüğü, afelede vekilin veya acenteninkinden farklıdır; zira diğerlerinden farklı olarak tek satıcı, faaliyetlerinin ekonomik riskini kendisi taşımaktadır³⁶.

Tek satıcı verilen talimatlara uymaz, bu durum süreklilik arz etmeye başlar ise ve sözleşmenin amacı tehlikeye girerse, sözleşmenin haklı nedenle feshi gündeme gelecektir.³⁷

4) Bilgi Verme Yükümlülüğü

Tek satıcının, yapımcının menfaatlerini koruma yükümlülüğünden kaynaklanan bilgi verme yükümlülüğü mevcuttur. Buna göre tek satıcı, müşterilerin genel istekleri, piyasa koşulları, belirli bir dönem içerisinde mevcut işlerin nasıl sonuçlanabileceği ve reklam faaliyetleri gibi konularda yapımcıya bilgi vermek zorundadır. Tek satıcı, bu borcunun yerine getirmese ve bunun sonucunda sözleşme amacı ciddi şekilde tehlikeye düşerse, sözleşmenin haklı nedenle feshi gündeme gelecektir.³⁸

5) Sır Saklama Yükümlülüğü

Sözleşmenin devamlılık arz eden yükümlülüklerinden biridir. Sözleşme sona erdikten sonra dahi bu yükümlülüğün ihlali durumunda, tazminat ödeme sorumluluğu doğar.

³³ İŞGÜZAR, s. 73; TANDOĞAN, s. 43; DEMİR GÖKYAYLA, s. 140.

³⁴ İŞGÜZAR, s. 72; TANDOĞAN, Batider, s. 17-18; TANDOĞAN, s. 43; DEMİR GÖKYAYLA, s. 147.

³⁵ TANDOĞAN, Batider, s. 19; Yapımcının (Üreticinin) talimat verme hakkının sınırları için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 153 vd.

³⁶ TANDOĞAN, Batider, s. 20.

³⁷ TANDOĞAN, Batider, s. 20.

³⁸ İŞGÜZAR, s. 75, 76; TANDOĞAN, Batider, s. 18, 19; DEMİR GÖKYAYLA, s. 142.

Ancak şunu belirtmekte yarar vardır ki; sözleşmenin sona ermesinden sonra tek satıcı bu yükümlülüğe aykırı davranır ise, onun aleyhine tazminata hükmedebilmek için bu aykırılıktan doğan bir zarar olmalı ve bunun da ispat edilmesi gerekmektedir.³⁹

Tek satıcının saklamakla yükümlü olduğu sırlar oldukça sınırlıdır. Malın üretim aşamasına katılmayan tek satıcının, know-how'a sahip olması istisnai bir durumdur. Ancak buna rağmen, tek satıcının vakıf olduğu malların teknik özelliklerine ilişkin bilgiler varsa, bunları gizli tutması zorunludur.⁴⁰

6) Müşteri Hizmetlerini Yerine Getirme Yükümlülüğü

Yapımcının mallarının iyi pazarlanması, tek satıcının satış sonrasında gerekecek bakım, onarım vb. hizmetleri de üstlenmesi ile olacaktır. Bu da tek satıcının sözleşmeden doğan sorumluluğunun gerektiği gibi yerine getirilmesi ile mümkündür. Bu yükümlülüğün çerçevesi genellikle sözleşmede taraflarca kararlaştırılmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün ihlali durumunda, yapımcı tek satıcıdan ifayı ve ayrıca tazminat talep edebilir. Eğer yükümlülüğün ihlali sözleşme amacını yerine getirmeyi imkânsız hale getiriyorsa, bu takdirde fesih hakkı da doğacaktır.⁴¹

7) Yapımcının Menfaatlerini Koruma Yükümlülüğü

Tek satıcılık sözleşmesinin temel yükümlülüklerinden olan bu yükümlülüğe göre tek satıcı faaliyetleri sırasında kendi menfaatlerinin yanı sıra yapımcının da menfaatlerini gözetmek, hatta onunkileri daha üstün tutmak zorundadır. Menfaatleri koruma yükümlülüğü ile sözleşme tarafları arasında özel bir güven ilişkisi kurulmuş olur ve bu güven ilişkisi hem satıcıya hem yapımcıya genel bir karşılıklı sadakat borcu yükler.⁴²

Temel nitelikli bu yükümlülük, birçok alt yükümlülüğü de bünyesinde barındırır. "Rekabet etmeme", "talimatlara uyma", "bilgi verme", "sır saklama" gibi birçok yükümlülük bu yükümlülükten kaynağını almaktadır.⁴³

b)Yapımcının Borçları

1) Düzenli Bir Biçimde Mal Teslimi Yükümlülüğü

Taraflarca açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi sözleşmenin mahiyeti gereği yapımcının mal teslim yükümlülüğü olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır; ancak baskın görüşe göre bu borcun taraflarca kararlaştırılmasına ihtiyaç yoktur. Yapımcının bu borcu, tek satıcının rekabet yasağı gereğince başkalarının mallarını satamamasının doğal sonucu gereğidir.⁴⁴

Yapımcının genel teslim yükümlülüğü bulunmak ile birlikte, bu borcun iyi niyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Eğer, tek satıcının siparişlerinin bek-

³⁹ İŞGÜZAR, s. 81; TANDOĞAN, Batider, s. 21; TANDOĞAN, s. 44 vd.; DEMİR GÖKYAYLA, s. 163.

⁴⁰ İŞGÜZAR, s. 81; TANDOĞAN, Batider, s. 21; TANDOĞAN, s. 44 vd.; teknik bilgi lisans sözleşmelerine Rekabet Hukuku bakımından uygulanacak hükümler hakkında geniş bilgi için bkz. BAŞ Mustafa, "Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 75 vd.

⁴¹ İŞGÜZAR, s. 77, 78; TANDOĞAN, Batider, s. 21, 22; DEMİR GÖKYAYLA, s. 139.

⁴² İŞGÜZAR, s. 79, 80; DEMİR GÖKYAYLA, s. 160 vd.

⁴³ İŞGÜZAR, s. 80; TANDOĞAN, s. 45-48.

⁴⁴ İŞGÜZAR, s. 85; TANDOĞAN, Batider, s. 22; TANDOĞAN, s. 48; DEMİR GÖKYAYLA, s. 76.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

lenmedik bir şekilde artmasından dolayı yapımçı bu borcunu yerine getiremiyorsa kusursuz imkânsızlık durumu ortaya çıkacaktır. Fakat yapımçı karşılayamayacağını bildiği halde sözleşme imzalamışsa, bu halde kusurlu bir şekilde ifa edememe vardır ve bu durum tek satıcıya önelsiz fesih ve tazminat talebi hakkı verecektir⁴⁵.

2) Tek Satıcıyı Destekleme Yükümlülüğü

Tek satıcının yapımçı tarafından desteklenmesi, faaliyetlerini kolaylaştırması ve teşvik edilmesi aralarındaki güven ilişkisinden ve sadakat borcundan kaynaklanmaktadır. Tek satıcılık sözleşmesinde tarafların sürümü artırma yönündeki ortak amaçları ve aralarındaki karşılıklı güven ilişkisi, yapımçının tek satıcı ile işbirliği yapmak ve onu faaliyetlerinde desteklemek yükümlülüğünü ortaya çıkarır⁴⁶.

Yapımçının bu yükümlülüğü, tek satıcıya belge ve malzemeyi tahsis etme yükümlülüğü ile bilgi verme yükümlülüklerinin⁴⁷ yanında malların kalitesini garanti etme yükümlülüğünü de kapsar⁴⁸.

(a) Tek Satıcıya Gerekli Belge ve Malzemeyi Verme Yükümlülüğü

Tek satıcı faaliyetlerini kendi ad ve hesabına yapan bağımsız bir tacirdir. Bu faaliyetleri yürütürken gerek reklam faaliyetlerinde gerekse müşteri hizmetleri konusunda basiretli bir tacir gibi davranmak zorundadır. Bunun karşılığında, yapımçının da tek satıcıya gerekli belge ve malzemeleri sağlama yükümlülüğü mevcuttur. Sağlamakla yükümlü bulunduğu belge ve malzemelerin başında reklam malzemeleri, malların numuneleri, fiyat listeleri ve broşürler sayılabilir⁴⁹.

Özellikle kullanılması uzmanlık gerektiren, karmaşık yapıllı malların satışında yapımçının bu malların özelliklerini gösteren kullanma talimatlarını, tesisat, araç ve gereçlerini tek satıcıya sağlamakla yükümlüdür. Yapımçının tahsis etmiş olduğu bu belge ve malzemelerin müşterilere verilmesi gerekmiyorsa, bunların sözleşme sonunda yapımçıya iade edilmesi gerekmektedir⁵⁰.

(b) Bilgi Verme Yükümlülüğü

Söz konusu yükümlülük, tek satıcılık sözleşmesinin mahiyetinden kaynaklandığı için taraflarca açıkça kararlaştırılmasa dahi yapımçının bu borcu mevcuttur. Bilgi verme yükümlülüğü kapsamında yapımçı, "sözleşme konusu mallardaki model değişikliğini", "paketlemedeki ve önemli reklam malzemelerindeki değişiklikleri", "üretim ve fiyat değişikliklerini" tek satıcıya gecikmeksizin bildirmek borcu altındadır. Bu borcun kusurlu olarak yerine getirilmemesi durumunda tek satıcının BK. m.96 uyarınca tazminat hakkı doğacaktır⁵¹.

⁴⁵ İŞGÜZAR, s.88; TANDOĞAN, s. 49.

⁴⁶ İŞGÜZAR, s. 89; TANDOĞAN, Batider, s. 23; DEMİR GÖKYAYLA, s. 80.

⁴⁷ İŞGÜZAR, s. 90; TANDOĞAN, s. 49, 50; YAVUZ, s. 34.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 120; YAVUZ, s. 34.

⁴⁹ İŞGÜZAR, s. 90; DEMİR GÖKYAYLA, s. 80.

⁵⁰ İŞGÜZAR, s. 91; DEMİR GÖKYAYLA, s. 81.

⁵¹ İŞGÜZAR, s. 91, 92; DEMİR GÖKYAYLA, s. 82.

3) Sözleşme Bölgesine Doğrudan Doğruya Satış Yapmama Yükümlülüğü

Tek satıcılık sözleşmesinin doğal sonucu olan ve tek satıcının “tek satış hakkı”ndan kaynaklanan, yapımıcının sözleşme bölgesinde sözleşme konusu malları doğrudan doğruya kendisinin satmaması, diğer bölgelerdeki tek satıcıların o bölgeye mal göndermemelerini sağlaması ve diğer tek satıcıların müşterilerinin de sözleşme konusu bölgeye mal göndermemelerini sağlayacak önlemler alması anlamına gelen bir yükümlülüktür⁵².

Görüldüğü gibi yapımıcının yapmama yükümlülüğünün yanı sıra, alternatif üçüncü kişilerin sözleşme bölgesinde satış yapmalarına engel olma biçiminde olumlu hareket etme yükümlülüğü de mevcuttur⁵³.

Yapımcı ile tek satıcı yapacakları sözleşme ile yapımıcının bu yükümlülüğünün şartlarını açıkça kararlaştırabilirler. Örneğin, yapımıcının anılan yükümlülüğü belirli müşteriler bakımından sınırlanabilir. Yani yapımcı sözleşme ile belirli müşterilere satış yapma hakkını saklı tutabilir⁵⁴.

Genel olarak diyebiliriz ki yapımcı, tek satıcının sözleşme bölgesinde satış yapma hakkını sözleşmede açıkça saklı tutmamışsa, bu yükümlülüğe uymak zorundadır. Bu yükümlülüğe uymaması hakkında tazminat ile ve sözleşme amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye düşürmesi halinde de sözleşmenin feshi sonucu ile karşılaşacaktır⁵⁵.

4) Yapımcının Talimat Verme Hakkı

Yapımcı, tek satıcıya onun sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerle ilişkin genel nitelikli talimatlar verebilir; çünkü böyle bir hakkı mevcuttur. Yapımcının bu hakkı, acen- telik sözleşmesinden çok daha farklıdır. Tek satıcı, işlemlerinin ekonomik riskini kendisi taşıdığı için yapımcının talimat verme hakkı, iş sahibininkine oranla daha sınırlıdır⁵⁶.

Yapımcının vereceği talimatlar sözleşmenin genel çerçevesine ilişkindir. Bu genel çerçeveye göre münferit işlemlerin yapılması tek satıcıya aittir. Satıcı, satım işlemlerinin ifası ile ilgili konularda karar ve talimat verme yetkisine sahiptir⁵⁷.

Yapımcının talimat verme yetkisini, özellikle satış organizasyonunun kurulması, reklam faaliyeti, müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi, satış ve bakım yerleri ile büroların düzenlenmesi konularında somut olarak görebiliriz⁵⁸.

Yapımcının söz konusu yetkisi, kendisine tanınan sınırsız bir yetki değildir. Bu yetki, belirli sınırları olan bir yetkidir; örneğin yapımcının bu hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına ve sadakat borcuna riayet etmesi gerekir ve tek satıcının bağımsızlığına zarar vermemesi gereklidir⁵⁹.

⁵² İŞGÜZAR, s. 92; TANDOĞAN, Batider, s. 24; TANDOĞAN, s. 51; YAVUZ, s. 34; DEMİR GÖKYAYLA, s. 87.

⁵³ İŞGÜZAR, s. 92; TANDOĞAN, Batider, s. 24; TANDOĞAN, s. 51; YAVUZ, s. 34.

⁵⁴ TANDOĞAN, Batider, s. 25, 26.

⁵⁵ İŞGÜZAR, s. 95 vd.; TANDOĞAN, Batider, s. 25; TANDOĞAN, s. 49, 50.

⁵⁶ İŞGÜZAR, s. 98 vd.

⁵⁷ İŞGÜZAR, s. 98.

⁵⁸ İŞGÜZAR, s. 99.

⁵⁹ İŞGÜZAR, s. 98.

Tek satıcılık sözleşmesi, niteliği gereği taraflar arasında sürekli işbirliğini gerekli kılan bir ilişkidir ve bu sebeple yapımcının talimat verme hakkı önem taşımaktadır. Gerek “yapımcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü” gereği ve gerekse “malların sürümünü artırma yükümlülüğü” gereği tek satıcının da yapımcının talimatlarına uyma borcu söz konusudur⁶⁰.

II- GENEL OLARAK FRANCHİSE SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı ve Ekonomik İşlevi

Franchise sözleşmesi, üretimin artması ve bununla beraber tüketicinin de daha kaliteli ve kalitesinden emin olunan tanınmış mallara yönelmesi sonucunda franchise verenlerin mallarını veya geliştirdikleri hizmetlerini geniş tüketici kitlelerine ulaştırmak, franchise alanların ise bağımsız çalıştıkları belirli bölgelerde bu bağımsızlıklarını kaybetmeden, tanınmış bir sistemin rekabet avantajlarından yararlanarak kazanç sağlamak amacıyla kurdukları, bağlayıcı olan ve her iki tarafa da karşılıklı hak ve yükümlülükler getiren bir sözleşmedir⁶¹. Doktrindeki benzer nitelikte çeşitli tanımlamalara bakacak olursak, “Franchising, bir işletme sistemi çerçevesinde yapılan, satış faaliyetlerinde denenmiş ve kendini ispat etmiş bir ismin, markanın desteği ve güvencesi altında iş yapan, birbirinin kopyası, dağıtım müesseselerinin mal ve hizmetlerinin dağıtımına yönelik olarak belli bir bedel karşılığında söz konusu isim, marka ve sistemin sahibi olan franchisor ile girmiş oldukları bağımsız ticari bir ilişki türüdür”⁶².

Bu sözleşme ile franchise verenler, franchise alanlar sayesinde daha az masrafla ve işçi-çalışan-personel problemleriyle uğraşmak zorunda kalmadan geniş tüketici kitlelerine ulaşabilmekte; tüketiciler karşısında bağımsızlığını koruyarak çalışmakta olan franchise alanlar ise, tanınmış bir işletmenin rekabet avantajlarından yararlanarak sürümlerini artırabilmektedir⁶³. Amerika Birleşik Devletleri’nde doğup gelişen franchising, yukarıda saydığımız avantajları sayesinde 20. Yüzyılın ortalarında Avrupa’da yaygınlaşmaya başlamıştır. Ülkemizde henüz çok yeni olan ve 1985 yılında Mc Donald’s ile uygulamada görülmeye başlanan franchising, özellikle hazır yiyecek (fast food), otelcilik, alkolsüz içecekler (kola vb.), güzellik malzemesi, giyim eşyası, otomotiv ürünleri ve hizmetleri (yedek parça, servis, lastik, kiralama vb.), temizlik hizmetleri, oteller, restoranlar gibi alanlarda uygulanmaktadır⁶⁴.

⁶⁰ İŞGÜZAR, s. 100.

⁶¹ GÜRZUMAR, s. 1; KIRCA, s. 3; ÖZTÜRK, s. 465; ULAŞ Dilber, "Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi", Ankara 1999, s. 1; AYDOĞDU Murat, "Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 5; FLOHR Eckhard, Franchise-Vertrag, 3. Auflage, München 2006, s. 1 vd.; ARSLAN Kahraman, Kobi'lerde Yönetim ve Pazarlama Aracı Olarak Franchising, İstanbul 2006, s. 1 vd.

⁶² PAKSOY Serdar, "Hukuki Yönüyle Franchising", Dünya Gazetesi, 27.10.1992 tarihi Özel Eki, s. 4; TUNCER Selahattin, "Hukuki Açından Franchising", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'm Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 619; doktrindeki farklı tanımlar için ayrıca bkz. ŞUA Mehmet, "Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV S. 2, İstanbul 2007, s. 64 vd.

⁶³ GÜRZUMAR, s. 1; KIRCA, s. 3; ÖZTÜRK, s. 462; ULAŞ, s. 2; AYDOĞDU, s. 5.

⁶⁴ ŞOĞUR Macide, "İşletme Sistemi Olarak Franchising", 2. Bası, İstanbul 1993, s. 89; KIRCA, s. 8; Franchising sisteminin tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. ARSLAN K., s. 41 vd.

B. Franchising'in Fonksiyonları

Franchising, yasal ve finansal açıdan bağımsız iki veya daha çok gerçek ya da tüzel kişi arasında yapılan ve bu taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran, yeni ve modern bir pazarlama ve dağıtım yöntemidir⁶⁵. Kendi üretim ve hizmet konuları çerçevesinde isim yapmış firmaların, ürettikleri mal ve hizmetlerin başka bölgelerde üretimini, pazarlamasını ve tanıtımını sağlamak için bu kişilere teknolojilerini ve teknik bilgilerini aktardıkları bir sistem olan franchising, taraflara sağladığı yararlar⁶⁶ yanında, bir takım sosyal faydalar da içermektedir⁶⁷. Bu sosyal faydalar aşağıdaki gibidir:

Franchising büyük işletmeler karşısında küçük ve orta ölçekli işletmelerin gelişmesine ve onlarla rekabet edebilmesine olanak sağlar. Franchising bu yolla, tüketicilere de uygun fiyatla kaliteli mallar ve hizmetlerden yararlanma olanağı sağlar; çünkü tüketiciler farklı bir yere gitmiş olsalar dahi, tanıdıkları malları franchise sistemi sayesinde rahatlıkla temin edebileceklerdir. Diğer yandan, franchise sistemine dahil olan bütün franchise alanların uymakla yükümlü olduğu, malların ve hizmetlerin müşteriye nasıl sunulacağına ilişkin ilkeler ve standartlar franchise sistemi sayesinde tek merkezden tespit edilip sisteme dahil olanlara iletilir. Bu sayede franchise alanlar birçok konuda araştırma yapmak gereğinden ve masraflardan kurtulacağı için, bu durum tüketicilerin daha ucuza mal ve hizmet elde etmelerini sağlayacaktır⁶⁸.

Franchising'in taraflarına sağladığı yararları bakacak olursak, franchise alana ve verene karşılıklı bir takım faydalar sağladığını görebiliriz. Örneğin, franchise veren, kendisi tarafından geliştirilen ve kullanım, üretim, işletim ve pazarlama ilkelerine bağlı olarak, kendi ilkelerine ve anlayışına uygun bir şekilde mallarının ve hizmetlerinin başka bölgelerde de pazarlanmasını sağlar ve bu şekilde sürümünü geniş pazarlara yayma olanağı elde eder. Franchise veren, bu sistem sayesinde, sürümünü arttırmak için gerekli olan işletme ve personel masraflarından kurtulur; çünkü franchise alanlar kural olarak kendi bölgelerindeki işletmelerin kuruluş ve personel masraflarını kendileri karşılarlar.

Franchise alan kişinin hukuken bağımsız bir tacir olarak çalışması franchise verenin hukuki ve ekonomik risklerini azaltır. Franchise alanın bağımsız çalışırken, denemiş, tanınmış bir markayı kullanması, onun bu isim ve markanın piyasada oluşturduğu prestijden yararlanmasını sağlayacağı gibi, söz konusu sistemden yararlanmayanlara nazaran başarısızlığa uğrama ihtimalini de aynı ölçüde azaltır; rakipleri karşısında üstünlük sağlamasına yardımcı olur. Tanınmış bir marka ve isim hakkını elde eden franchise alan, başlangıçta elde ettiği bu rekabet avantajını, ilişki müddetince franchise verenin kendisine sağladığı danışma, eğitim, reklam gibi alanlarda sağladığı desteklerle sürdürme olanağına kavuşur⁶⁹.

Franchising sisteminin taraflarına sağladığı bu yararların yanında, bir takım zararlardan da söz edilebilir. Örneğin her ne kadar franchise alan için "hukuken bağımsızdır" desek de, uygulamada birçok konuda franchise verene bağımlılığı göze çarp-

⁶⁵ KIRCA, s. 8, 9; ÖZTÜRK, s. 462, 463; ULAŞ, s. 7, 8; AYDOĞDU, s. 5.

⁶⁶ Franchising sisteminin avantaj ve dezavantajları hakkında ek bilgi için ayrıca bkz. ARSLAN K., s. 24 vd.

⁶⁷ KIRCA, s. 9; ÖZTÜRK, s. 463; ULAŞ, s. 19 vd.

⁶⁸ KIRCA, s. 9, 10; ÖZTÜRK, s. 463; ULAŞ, s. 20.

⁶⁹ GÜRZUMAR, s. 4 vd.; KIRCA, s. 10 vd.; ÖZTÜRK, s. 463, 464; ULAŞ, s. 25.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

maktadır. Bunun sebebi ise, franchising'e ilişkin herhangi bir mevzuatın bulunmaması ve franchise sözleşmelerinin genel işlem şartları taşımamasıdır⁷⁰.

C. Franchising'in Unsurları

Franchise sözleşmesinde, franchise alanın ödediği giriş ücreti gibi bir defa gerçekleşen ani nitelikli edimler mevcut olsa da, aslen taraflar arasında "sürekli bir borç ilişkisi" içeren ve bu ilişki neticesinde tam iki tarafa borç yükleyen çerçeve bir sözleşmedir⁷¹. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, taraflar arasındaki ilişkinin yalnız geçici değil, fakat ileride de sürecek bir bağlılık olarak ortaya çıktığı sözleşmelerdir; sözleşmenin feshi halinde bu olağan ya da olağanüstü fesih olabilir, önemli olan gerçek ve teknik anlamda bir fesih olduğu, başka bir deyişle geçmişe değil, ileriye etkili sonuçlar doğurmasıdır⁷².

Franchise sözleşmesinin bir "çerçeve sözleşmesi"⁷³ olması ile kast edilen, taraflar arasında bağımsız temel yükümlülüklerin hukuki çekirdeğini içeren kendine özgü sürekli bir sözleşme olup taraflara daha sonra yapılacak ekonomik anlamda tamamlayıcı diğer sözleşmeleri yapma hakkını verir veya borcunu yükler. Çerçeve sözleşmenin ileride yapılmasına hazırlık teşkil ettiği sözleşmelere örnek olarak, eğitim düzenlemeleri, hammadelerin veya işletmenin donanımı için gerekli malların teslimi konusundaki sözleşmeler, herhangi bir konuda yapılmış ve sonra değişikliğe ya da geliştirmeye ihtiyaç duyulan konularda yapılan tamamlayıcı sözleşmeler vb. gösterilebilir⁷⁴.

Franchise alan, kendi ad ve hesabına çalışan "bağımsız bir işletmeci"dir. Franchise alanın ekonomik bağımsızlığına sınırlamalar getirilmiş olsa bile, franchise alan kişisel ve hukuki bağımsızlığa sahiptir; franchise verenden ayrı bir işletmede kendi ad ve hesabına çalıştığı gibi, işletmenin bütün risklerini kendisi üstlenmekte, işletmenin kurulması için gerekli sermayeyi getirmekte, işletmedeki mallar üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir. Franchise verenin, franchise alanın işletmesinin yönetimine somut direktifler vererek karışma hakkı yoktur⁷⁵.

Franchise sisteminin bir diğer unsuru franchise verenin franchise alana franchise sistemi sunduğu, kapsamlı edimler demetinden oluşan "franchise sistemi" ya da diğer bir deyişle "franchise paketi"dir. Bu paket aracılığıyla franchise veren franchise alanı kendi oluşturduğu yayımlacı sistemine uyumlaştırmayı, onu bu sistemin bir parçası yapmayı amaçlar. Bu paket üç kısımdan oluşmaktadır; bunlar, franchise verenin işletmesinde kurduğu ve geliştirdiği, mal ve hizmetlerin türü, standardı, reklamları, sürümünün sağlanması gibi ilkelerin bütünü olan 'pazarlama anlayışı', sürümü yapılacak malın ve/veya hizmetin markası, franchise verenin sahip olduğu işletme adı, semboller, logo, işletmeye ait teknik bilgi (know-how⁷⁶) ve diğer bilgi

⁷⁰ ÖZTÜRK, bkz. dn. 34, s. 464; ULAŞ, s. 32 vd.

⁷¹ GÜRZUMAR, s. 26; KIRCA, s. 20, 21; ÖZTÜRK, s. 466.

⁷² TANDOĞAN, s. 52; YAVUZ, s. 30; GÜRZUMAR, s. 27; ÖZTÜRK, s. 467.

⁷³ "Çerçeve sözleşme" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS Nami, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Makalelerim, Cilt: I, İstanbul 2008, s. 89 vd.

⁷⁴ GÜRZUMAR, s. 22; KIRCA s. 22-24; ÖZTÜRK, s. 467.

⁷⁵ GÜRZUMAR, s. 7; KIRCA s. 24-25; ÖZTÜRK, s. 468.

⁷⁶ BAŞ, s. 31 vd.; ayrıca bkz. ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001, s. 5 vd.; ERBAY İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 67 vd.

olarak adlandırılan ‘*gayrı maddi mallar*’ ve franchise veren ile franchise alan arasındaki iç ilişkileri düzenleyen ‘*franchise organizasyonu*’dur⁷⁷.

Franchise sözleşmesi, işletmeler arasında bir işbirliği doğurur ve bu işbirliği, franchise veren ile franchise alan farklı ekonomik basamaklarda buldukları için “*dikey işbirliği*”dir. Franchise alan ile franchise veren arasında bu ilişki çok sıkı bir ilişkidir ve bu da süreklilik gösteren dayanıklı bir sistemin varlığını beraberinde getirir. Franchise sistemi, piyasadaki meydana gelen değişikliklere süratle uyum sağlayan dinamik bir yapıya sahiptir. Franchise sistemine katılanlar arasında imaj bakımından bir birlik, müştereklik söz konusudur. Dikey işbirliğine dahil olanlar, franchise verenin pazarlama anlayışını olduğu gibi takip edeceğinden piyasada bir pazarlama ve dolayısıyla da bir rekabet birliği meydana getireceklerdir⁷⁸.

Bunlar dışında aralarındaki sözleşmeye ilişkin “*ücret*”, “*şekil*” vb. unsurlar da mevcuttur⁷⁹.

D. Tarafların Hak ve Borçları

Franchise verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemini, franchise paketinde yer alan marka, işletme adı, malları ve hizmetleri, tanıtıcı işaretleri, teknik bilgi ve becerileri franchise alana kullandırma, franchise alanı destekleme, sistemin en etkin şekilde yürütmesi için gerekli her tür yardımı (personel eğitimi, reklam, promosyon) yapma borcunun yanında bunlara karşılık bir başlangıç ücreti (franchise fee) ve devam eden dönemler için kendisine ödenecek belli bir miktar bedeli (royalty) isteme ve alma hakkı vardır⁸⁰.

Franchise alanın ise, mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapma, sürümün artması için gerekli tüm çabayı gösterme, basiretli bir tacir gibi davranma, rekabet etmeme, franchise verene bir başlangıç ücreti ve royalty ödemek borçları ve bunlara karşılık da, üretim, işletme ve pazarlama sistemindeki fikri ve gayri maddi (sınai) unsurları kullanma hakkı vardır⁸¹.

E. Franchising’in Türleri

Doktrinde franchising sözleşmelerinin türleri çok çeşitli olarak ve hatta çeşitli karşılaştırmalar ile ele alınmıştır⁸²; bunlardan uygulamada en yaygın olan üç tanesini içeren karşılaştırmaya göre⁸³:

Franchise verenin ad ve marka gibi sınai haklarının franchise alan tarafından kullanılarak malların sürümünün yapıldığı, franchise alanın bu malların sürümüne hiçbir şekilde katılmadığı “*ürün franchisingi*”dir. Franchise alan sadece malların sürümü ve satış sonrası onarım gibi hizmetleri yapar. Bu türe, franchise alan, üretilmiş hazır ürünü, franchise paketi çerçevesinde satmakta olduğu için “*dağıtım*

⁷⁷ GÜRZUMAR, s. 6; KIRCA s. 26-27; ÖZTÜRK, s. 469.

⁷⁸ GÜRZUMAR, s. 35; KIRCA s. 27-31; ÖZTÜRK, s. 469.

⁷⁹ Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA s. 31 vd.

⁸⁰ GÜRZUMAR, s. 11; ÖZTÜRK, s. 469, 470.

⁸¹ GÜRZUMAR, s. 12; ÖZTÜRK, s. 470, 471.

⁸² Diğer türler ve tanımları için bkz. KIRCA s. 36 vd.; ULAŞ s. 35 vd.

⁸³ KIRCA s. 38; ÖZTÜRK, s. 472.

franchisingi” de denmektedir. Bu türdeki franchise sözleşmelerinin en tipik örnekleri benzin istasyonlarıdır⁸⁴.

Franchise sözleşmesinin konusunun, franchise alanın franchise sistemine ve paketine göre bazı ham maddeleri üreterek veya işleyerek hazırlayıp satması olduğu hallerde “**üretim franchisingi**”nden bahsedilir. Franchise alan kişi, bu türde sürümü yapılacak malın üretimini belirli aşamalarına katılır; malları franchise verenden alarak işler ve satar. Bu tür en yaygın olarak kendini, şişelenip sürüme sunulan alkolsüz içecek sektöründe kendini göstermektedir.

Yaygın olarak görülmekte olan bir diğer franchise türü de, franchise paketi kullanılmak suretiyle, daha önce denenmiş ve başarıya ulaşmış bir hizmetin tüketicieye sunulması ile meydana gelen “**hizmet franchisingi**”dir. Bu türün en bilinen örnekleri de otomobil servisleri ve gıda sektöründe hazır yiyecekler ile kafe-restoran işletmecilikleridir.

F. Franchise Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Franchise sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda ya da diğer herhangi bir kanunda düzenlenmediği için 'isimsiz sözleşmeler'⁸⁵ arasında kabul edilmektedir⁸⁶. Yürürlükte olan genel veya özel kanunlarla düzenlenmemiş sözleşmeler, hukukumuzda isimsiz ya da atipik sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir⁸⁷. Sözleşme özgürlüğü, Borçlar Kanunumuz'un dayandığı temel ilkelerden biridir⁸⁸ (BK m. 11 ve TBK m. 12) ve bu ilke gereği, taraflar hukuki sınırlar içinde (BK m. 19/II, 20 ve TBK m. 26, 27) kalmak şartıyla diledikleri tür ve şekilde sözleşme yapabilmektedirler ve bu serbesti de isimsiz sözleşmeleri ortaya çıkarmıştır⁸⁹. İsimsiz sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere has özellikleri içerebileceği (karma sözleşmeler⁹⁰) gibi kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarına tamamen yabancı yani kendine özgü (sui generis) unsur ve koşullardan oluşan sözleşmeler olabilir. Bu bağlamda isimsiz sözleşmeler kendisine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere doktrinde üç tip olarak incelenmektedir. Biz bu sözleşmelerin arasındaki

⁸⁴ Bu konuda da ayrıntılı bilgi için bkz. ULAŞ s. 55 vd.

⁸⁵ Roma Hukukunda, Bizans doktrininin isimsiz sözleşmeler (contractus innominati) olarak nitelendirdiği sözleşmeler ve grupları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ADAL Erhan, “Obligatio, Borçlar Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Kavramları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V S. 1, İstanbul 2008, s. 23 vd.; isimsiz sözleşmeler genel teorisi için bkz. GÜMÜŞ, s. 5 vd.

⁸⁶ Franchise Sözleşmesinin isimsiz/atipik/kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu hakkında bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.55-56; KIRCA, s. 47; ÖZTÜRK, s. 474; ZEVLİLİLER, s. 41; GÜMÜŞ, s. 20; ayrıca franchise sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olmasının gerekçeleri için bkz. ŞUA, s. 58 vd.

⁸⁷ AKİPEK Şebnem / KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, "Sözleşmeler Rehberi", Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002, s. 24; ZEVLİLİLER, s. 37.

⁸⁸ ADAL Erhan, Hukukun Temel İlkeleri – El Kitabı, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011, s. 701.

⁸⁹ KIRCA, s. 47 vd.; ÖZTÜRK, s. 474; AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 24; ZEVLİLİLER, s. 36 vd.

⁹⁰ GÜMÜŞ, s. 12 vd.

farklara girmeden⁹¹, doktrinde franchise sözleşmelerinin yaygın olarak kabul gördüğü türü açıklayacağız.

Franchise sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin bazı unsurlar yanında, kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ilişkin unsurlar da içermektedir ve bu unsurlar kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmektedir. Karma sözleşmelerde, kural olarak kanunda düzenlenmiş en az bir sözleşme içermesi gerekmektedir. Bu nedenle franchise sözleşmesinin, kanunda düzenlenmiş (satım, kira, alt kira vb.) ve düzenlenmemiş (know-how, vb.) sözleşmelerden bir araya gelen "karma sözleşme" nitelikte bir sözleşme olduğu görüşüne katılmaktayız⁹².

Bu ayrım, sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağını belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. İsimli sözleşmelerde hakim öncelikle BK m. 18'e (TBK m. 19) göre taraf iradelerini (gerçek ve ortak iradelerini) tespit edecek; tarafların iradesini tespit edemezse BK'deki genel hükümlere bakacak, yazılı mevzuatta bir hüküm yoksa MK m. 1'e göre öncelikle örf ve adet hukuku kurallarına göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecek. Franchise sözleşmesinden kaynaklanabilecek hukuki uyumsuzluk, karma sözleşmeyi oluşturan, kanunda düzenlenmiş bir sözleşmeden meydana gelmiş ise, benzer sözleşme hükümlerine bakacak ve kıyas yolu ile bunlardan yararlanarak kararını verecektir⁹³.

III. TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİNİN FRANCHİSE SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRIŞMASI

Tek satıcılık sözleşmesi ile franchise sözleşmesi birbirine çok benzeyen sözleşmelerdir. Tek satıcılık sözleşmesinde, franchise sözleşmesinde olduğu gibi kendi ad ve hesabına çalışan bağımsız bir satıcı, yapımıcının mallarını belli bir bölgede satmakta ve sürümü artırma yükümü üstlenmektedir. Tek satıcı da bu yükümünü yerine getirirken aynı franchise alana benzer şekilde yapımıcının ticaret unvanını, markasını, logo, sembol gibi çeşitli tanıtıcı işaretlerini işletmesinde ve mallarının üzerinde kullanır; yapımıcının sürüm organizasyonuna dahil olarak müşteriler karşısında benzer bir görünüm alır. Bu nedenle bu iki sözleşme uygulamada sıklıkla karıştırılmaktadır.

Yukarıda genel özellikleri ile belirttiğimiz tek satıcılık ve franchise sözleşmelerinin arasındaki farkları çeşitli başlıklar altında inceleyerek daha iyi anlaşılmasını sağlamaya çalışacağız.

A. Franchise Sistemi Açısından

Tek satıcılık sözleşmesinde, franchise sisteminin önemli bir unsuru olan, franchise alanın işletmesi ile ilgili karşılaşılabileceği sorunlara yönelik kapsamlı çözümler getiren, franchise sistemi gibi bir sistem bulunmamaktadır⁹⁴. Bu sistemi oluşturan marka işletme adı, mal veya hizmetleri tanıtıcı diğer işaretler, üretim, işletme ve pazarlama alanında sahip olunan sırlar veya bilgi ve tecrübeler gibi fikri ve sınai hakları franchise

⁹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. KIRCA, s. 48 vd.; AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 24 vd.; ZEVLİLİLER, s. 37.

⁹² Doktrinde bu konudaki benzer ve farklı görüşler için bkz. GÜRZUMAR, s. 21 vd.; KIRCA s. 53 vd.; ÖZTÜRK, s. 474, 475.

⁹³ YAVUZ, S. 21; KIRCA s. 54 vd.; ÖZTÜRK, s. 475; AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 27 vd.

⁹⁴ KIRCA, s. 91; ÖZTÜRK, s. 468, 469; ULAŞ, s. 68 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

alana kullandırma borcu altına giren franchise veren, sözleşme yapıldıktan sonra sisteme dahil olan yeni gayri maddi unsurları da franchise alanın kullanımına sunmak zorundadır⁹⁵.

Tek satıcı genellikle, piyasada tanınan ve satışı konusunda tekel hakkına sahip olduğu belirli bir markanın mallarının satışını yapar. Franchise sisteminde ise, franchise veren bir üretim, pazarlama ve işletme sisteminin sahibidir ve sadece tanınmış bir ürünü satmakla kalmaz, kendisinin başarılı olmasını sağlayan yöntemleri de franchise alana aktarır. Franchise sözleşmesinin konusu, franchise hakkını kullanma, pazarlama ve satış yetkilerini kapsarken, tek satıcılık sözleşmesinin konusu sadece ürünlerin satılmasıdır⁹⁶.

Franchise veren tarafından planlanan ve sürekli geliştirilen pazarlama ve reklam anlayışı ve buna uyulmasını sağlamak için oluşturulan sıkı bir organizasyon ve kontrol sistemi de tek satıcılıkta yer almaz. Bu nedenle, franchise alan bu organizasyona uymak ve kontrollere katılmak yükümlülüğüne girerek bağımsızlığını büyük ölçüde kaybederken, tek satıcılıkta bağımsızlık korunmaktadır⁹⁷.

Tek satıcılık sözleşmesinde, yapımcı tarafından tek satıcıya işletmesi ile ilgili ticari bilgilerin verilmesi söz konusu değildir; yapımcı sadece sorun yaratan bazı teknik ürünler hakkında, tek satıcının sürümünü arttırmak amacıyla bazı gerekli teknik bilgileri verir⁹⁸. Pazar araştırmalarına, işletme ekonomisine ve finansman hesaplarına ilişkin bilgiler bulunmamakta; malları yapımcının know-how'una göre üretip sürümünü yapmak da söz konusu değildir⁹⁹.

Franchise alan için sürümü desteklemek bir yükümlülükken, tek satıcının sürümü arttırıp geliştirmek yükümlülüğü vardır. Tek satıcının öncelikli yükümlülüğü, yapımcının markasına olan güvenin ve tüketicinin mallar hakkındaki düşüncelerinin olumlu yönde artmasını sağlamak iken, franchise alan için asgari satış seviyesine ulaşmak yeterlidir¹⁰⁰.

B. Ücret Ödeme Yükümü Açısından

Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcının, franchise alanın franchise sözleşmesinde olduğu gibi, kendisine tanınan üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanması ve franchise verenin sunduğu destek ve hizmet paketinin bir karşılığı ve asli edim yükümlülüğü olarak başlangıçta belirli bir miktar (başlangıç ücreti), sonrasında da düzenli olarak franchise alanın yıllık cirosunun belli bir yüzdesini (sürekli ücret) veya toptan ve sadece bir kereye mahsus olarak yapılan ödeme şeklinde bir ücret ödeme yükümlülüğü yoktur¹⁰¹.

Ücret unsuru, franchise sözleşmelerinde doğrudan veya dolaylı olarak her zaman mevcuttur. Dolaylı ücrete, franchise alanın franchise verenden mutlaka almak zorunda olduğu malların fiyatında gizlenen ücret ile ilgili olan, mal franchisingi türle-

⁹⁵ GÜRZUMAR, s. 11.

⁹⁶ ULAŞ, s. 114.

⁹⁷ KIRCA, s. 91.

⁹⁸ İŞGÜZAR, s. 92; TANDOĞAN, s. 49; KIRCA, s. 91.

⁹⁹ KIRCA, s. 92.

¹⁰⁰ İŞGÜZAR, s. 72; ULAŞ, s. 116.

¹⁰¹ GÜRZUMAR, s.15; KIRCA, s. 92.

rinde rastlanmaktadır¹⁰². Oysa tek satıcılık sözleşmelerinde bu şekilde bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır; yapımıcının aldığı malların bedellerini ödeme şeklinde gerçekleşmektedir. Bu sayede kendi ad ve hesabına sattığı mallardan elde ettiği kâr tek satıcının kendisine kalmaktadır. Tek satıcının kazancı malı satın alma ve tekrar satma arasındaki farktan oluşur. Tek satıcı ödemede temerrüde düşerse yapımıcı, tek satıcının tazminat taleplerini karşılamak zorunda kalmaksızın teslimleri durdurabilir¹⁰³.

C. Hizmet Sunumu Açısından

Tek satıcılık sözleşmesinin konusunun franchise sözleşmesinden farklı olarak, sadece mal sürümü ve dağıtımını oluşturur; hizmet sürümü sözleşmeye konu edilemez¹⁰⁴. Tek satıcılık sözleşmesinde teknik malların monte edilmesi, nasıl kullanılacağına dair bilgiler verilmesi, periyodik bakım gibi hususlarda hizmet verileceğinin düzenlenmesi, malların sürümünü arttırmaya yönelik hizmetler olup yapımıcının menfaatini koruma yükümü çerçevesinde yerine getirilmekte ve sözleşmenin birincil konusunu oluşturmaktadır¹⁰⁵.

D. Tek Satış Hakkı Açısından

Yapımıcının belli bir bölgede yalnız tek satıcıya mallara göndermesi ve tek satıcının da bu malları sadece yapımıcıdan almasına 'tek satış hakkı' denir. Tek satıcılık sözleşmesinde, tek satış hakkı zorunlu bir unsur olmasına rağmen¹⁰⁶, bu husus franchise sözleşmesinde kararlaştırılabilirse de zorunlu unsur olma niteliği taşımaz¹⁰⁷. Tek alım ve tek satış şartı, franchise sözleşmesinin, niteliği açısından bulunması zorunlu bir unsur değilken, bu unsurun bulunmadığı yerde tek satıcılık sözleşmesinden bahsedilemez.

E. Talimatlara Bağımlılık ve Kontrol Hukuku Açısından

Her iki sözleşmede de, franchise alanın ve tek satıcının, franchise verenin ve yapımıcının talimatlarına uyma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Fakat bu yükümlülük franchise sözleşmesinde işletme ile ilgili tüm alanları kapsayacak şekilde geniş olmasına rağmen, tek satıcılık sözleşmesinde sadece sözleşmenin amacı ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle tek satıcılık sözleşmesinde yapımıcı, sadece sözleşmenin amacının gerekli kıldığı hususlarda talimat verebilecek; ancak, işletmenin yönetimi ile ilgili konularda talimat veremeyecektir. Oysa franchise veren franchise sözleşmesinde, işletmenin yönetimi de dahil olmak üzere muhasebe tutulması, iş yerinin seçilmesi ve donanımı, mal veya hizmetlerin standartlaştırılması, personelin giyeceği kıyafetlere kadar hemen her konuda talimat verebilir¹⁰⁸.

Tek satıcı, işletmesi ile ilgili yapacaklarında yapımıcının yararına olmak şartıyla bağımsızken, yukarıda sayılan nedenlerle franchise alanın bağımsızlığı çok daha sınırlıdır.

¹⁰² GÜRZUMAR, s. 15; KIRCA, s. 147.

¹⁰³ İŞGÜZAR, s. 71.

¹⁰⁴ KIRCA, s. 92.

¹⁰⁵ İŞGÜZAR, s. 76; KIRCA, s. 92.

¹⁰⁶ İŞGÜZAR, s. 16.

¹⁰⁷ KIRCA, s. 93.

¹⁰⁸ KIRCA, s. 93; ULAŞ, s. 101.

lıdır. Bu açıdan doktrinde bazı yazarlar, tek satıcılık sözleşmesindeki tek satıcının durumunu bir 'vekil'e, franchise alanın durumunu ise bir 'işçi'ye benzetmektedirler¹⁰⁹; çünkü franchise alan franchise veren tarafından çok daha sıkı bir kontrole tabidir ve bunun gibi her türlü kontrol de franchise sözleşmelerinde açıkça düzenlenmektedir.

F. Karşı Tarafı Koruma Yükümü Açısından

Franchise verenin franchise alanı, işletmesinin kurulması sırasında ve kurulduktan sonra işletmeyle ilgili her türlü konuda sürekli olarak koruma konusunda asli bir edim yükümü bulunmaktadır. Bu nedenle franchise alan, franchise verene karşı doğrudan doğruya bir talep hakkına sahiptir; ancak tek satıcılık sözleşmesinde yapımcının tek satıcıyı koruma yükümü bir asli yüküm olmadığından franchise sözleşmesinde olduğu kadar kapsamlı değildir¹¹⁰.

Franchise sözleşmesinde franchise alanın ve onun personelinin, işletmenin açılmasından önce ve devamı esnasında düzenli ve sürekli eğitilmesi asli bir unsur iken; tek satıcılık sözleşmesinde yapımcının sadece müşteri hizmetleri konusunda tek satıcıyı veya onun personelinin eğitmesi söz konusudur ve bu eğitim sadece bazı teknik konularda bilgiler verme şeklinde olup özel bir eğitim değildir¹¹¹.

G. Birlik İçinde Görünüm ve İmaj Açısından

Her iki sözleşmede de sözleşme konusu malların tek bir imaj altında görünmesi asıldır; çünkü her iki sözleşmede de sürümü gerçekleştiren tek satıcı veya franchise alan, yapımcının veya franchise verenin ad, marka, sembol, logo gibi tanıtıcı işaretlerini işletmesinde ve malların üzerinde bulundurmaya yükümlüdür. Bu şekilde müşterilere karşı sürüme sunulan malların tek bir görünüm içinde olması sağlanmaktadır¹¹². Franchise sözleşmelerinde imaj birliği daha güçlü olup tek satıcılık sözleşmesinde yapımcının talimatlarına göre işletmeyi tek bir şekilde donatma yükümlülüğü yokken, franchise sözleşmesinde, franchise alan işletmenin iç ve dış görünümünü, malların ve hizmetlerin standart şekilde hazırlanıp sunulmasını franchise verenin en ince ayrıntılarına göre hazırladığı pazarlama ve reklam anlayışına göre yerine getirmek zorundadır¹¹³. Tek satıcının ise, yapımcı ile işbirliğinde olduğunu belirtir işaretler kullanması yeterlidir; hatta bu işaretlerin yanında kendi adını da kullanabilir¹¹⁴.

H. Taraflar Arasındaki İşbirliği Açısından

Her iki sözleşmede de taraflar sürümü sağlamak ve arttırmak için birlikte, işbirliği içinde çalışırlar. Fakat franchise sözleşmelerinde taraflar arasındaki işbirliği çok daha sıkı ve işleme ile ilgili pek çok alanı kapsayacak kadar geniştir¹¹⁵. Öyle ki, franchise sözleşmesinde franchise alanın işletmesinin yönetimi ile ilgili konularda da işbirliği söz konusu iken, tek satıcılık sözleşmesinde yapımcının, tek satıcının işletmesine ka-

¹⁰⁹ KIRCA, s. 93, ayrıca bkz dn. 520.

¹¹⁰ İŞGÜZAR, s. 89; KIRCA, s. 94.

¹¹¹ İŞGÜZAR, s. 15; KIRCA, s. 95; ULAŞ, s. 115.

¹¹² İŞGÜZAR, s. 15; KIRCA, s. 95.

¹¹³ KIRCA, s. 95.

¹¹⁴ İŞGÜZAR, s. 74; GÜRZUMAR, s. 25; KIRCA, s. 95; ULAŞ, s. 114.

¹¹⁵ KIRCA, s. 96.

rışma hakkı yoktur. Diğer bir deyişle, franchise sözleşmesinde olduğu gibi tam değil, kısmi işbirliği söz konusudur¹¹⁶.

Tek satıcılık sözleşmelerinde, taraflar arasındaki işbirliği dinamik değil statik bir işbirliğidir. Tek satıcılık sisteminde işletmenin merkezden yönetilmemesi, tam bir entegrasyonun sağlanamaması, bu sistemin franchise sistemine göre daha yavaş, statik olması sonucunu doğurur¹¹⁷. Buna karşılık franchise sisteminde, merkez ve birimler arasındaki sürekli bilgi aktarımının mevcudiyeti, merkezin sistemi geliştirmek için devamlı gayret göstererek çalışması, birimlerin de merkezin verilerine dikkat ve titizlikle uyması, piyasa şartlarına çok çabuk uyum sağlayan esnek ve dinamik bir sistemin bu ilişkinin beraberinde gelmesini sağlar¹¹⁸.

SONUÇ

Kanunlar oluşturulurken sosyal ve ekonomik hayatta sürekli uygulanan sözleşme tiplerine yer verilmiştir. Franchise ve tek satıcılık sözleşmeleri, kanunlarımızın yapıldıkları sırada ticari hayatta sıklıkla kullanılmadıkları için, kanunlarımızda düzenlenmemiş sözleşmelerdir. Gerek üretimin artması gerekse modern ekonominin yaşantımıza girmesi nedeniyle, tüketici ihtiyaç ve beklentileri değişmiş, rekabetin artması sonucunda da mal ve hizmetlerin tüketiciye sunumunda klasik sürüm metotlarının kullanılması yeterli olmamaya başlamıştır. Böylece, bu anlamda hem üretici firmaların ihtiyacına cevap verebilecek hem de tüketicilerin taleplerini karşılayabilecek olan sistemlere ihtiyaç duyulmuş ve günümüzde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılabilen franchise ve tek satıcılık sözleşmeleri meydana gelmiştir.

Tek satıcılık sözleşmesi, yapımıcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde, sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımıcı, maddelerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık, tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenir.

Franchise sözleşmesi ise, konusu mal ve/veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan sürekli bir sözleşme olup bununla mal ve/veya hizmeti üreten ve/veya satan franchise veren; adı, sembolü, markası gibi gayri maddi mal ve değerlerini kullanarak bunların sürümünü yapma hakkını bir ücret karşılığında, belli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan, bağımsız franchise alanlara vermeyi borçlanır. Franchise veren bu sözleşme ile ayrıca mal ve/veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım, reklam yapmak, bu konuda kendine özgür bir anlayış geliştirip bir organizasyon kurmak ve franchise alanları çalışmalarından yararlandıracak şekilde bu organizasyona dahil etmek yükümlülüklerini üstlenir. Franchise alan ise, ücret yanında sözleşme konusu malların sürümünü desteklemek, bu konuda gerekli tüm bilgileri franchise verene iletmek, franchise verenin pazarlama ilkelerine, talimatlarına uymak, eğitim programlarına katılarak bu doğrultuda işletmesini yürütmek ile yükümlüdür.

¹¹⁶ İŞGÜZAR, s. 98 vd.; KIRCA, s. 96.

¹¹⁷ KIRCA, s. 96.

¹¹⁸ KIRCA, s. 96.

Genel özellikleri itibari ile birbirine benzeyen tek satıcılık sözleşmesi ile franchise sözleşmesi, aslen esaslı farklılıklar arz etmektedir. Bunların başlıcaları, *franchise sistemi* (tek satıcılık sözleşmesinde esas olan tek satıcının kendi işletmesi iken, franchise sözleşmesinde franchise verenin oluşturduğu bir organizasyon olan ve franchise alanı da dahil ettiği franchise sistemi esastır), *franchise ücreti* (franchise sözleşmesinde franchise ücreti sözleşmenin esaslı unsuruyken, tek satıcılıkta böyle bir ücret yoktur), *franchise malları* (tek satıcı sadece yapımının kendisine verdiği malları satabilirken, franchise veren franchise sistemine konu olan her türlü malı satabileceği gibi bunları franchise verenden temin etmek zorunda da değildir), *franchise sisteminin tanıtımı* (tek satıcının malın sürümünü arttırmak için reklam yapma yükümlülüğü yokken, franchise alanın franchise sisteminin gelişmesi ve tanıtılması için böyle bir yükümlülüğü mevcuttur) vb.dir.

Uygulamada birbirine benzetilen ve sıklıkla karıştırılan franchise ve tek satıcılık sözleşmeleri, bazı noktalarda birbirine benzeseler de aslen birbirinden farklı iki sözleşme türüdür. Doktrinde ve çeşitli yabancı ülke mevzuatlarında gerekli açıklamalara ayrıntılarıyla sahip bu iki sözleşmenin birbirine benzer yönlerinin ve özelliklerinin karıştırılması, uygulamada sorunun daha da büyümesine sebep olabilmektedir. Bu gibi sorunların ve karışıklıkların önlenmesi için bu iki sözleşmenin, diğer bazı ülkelerde olduğu gibi bizde de kanuni düzenlemeler ile birbirinden açıkça ayırt edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	bakınız
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
C.	Cilt
m.	madde
RG	Resmi Gazete
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	sayfa
S.	Sayı
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı

KAYNAKÇA

ADAL Erhan, "Obligatio, Borçlar Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Kavramları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1, İstanbul 2008.

ADAL Erhan, Hukukun Temel İlkeleri – El Kitabı, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011 (El Kitabı).

AKİPEK Şebnem / KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, "Sözleşmeler Rehberi", Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002.

ARSLAN Aziz Serkan, "Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.1-2, Ankara 2008.

ARSLAN Kahraman, Kobi'lerde Yönetim ve Pazarlama Aracı Olarak Franchising, İstanbul 2006.

ASLAN İ. Yılmaz, "Rekabet Hukuku", Genişletilmiş 2. Basım, Bursa 2001

AYDOĞDU Murat, "Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001

BARLAS Nami, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Makalelerim, Cilt: I, İstanbul 2008.

BAŞ Mustafa, "Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmeleri, Ankara 2000.

EBNETER J. Martin, Der Franchise-Vertrag: Unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, Zürich 1997.

DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Ankara 2005.

ERBAY İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002.

FLOHR Eckhard, Franchise-Vertrag, 3. Auflage, München 2006.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2008.

GÜRZUMAR Osman Berat, "Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukten Korunması", İstanbul 1995.

HATEMİ Hüseyin / **SEROZAN** Rona / **ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

İNAN T. Nurkut, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XVII, S. 2, Ankara 1993.

İŞGÜZAR Hasan, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", Ankara 1989.

KIRCA Çiğdem, "Franchise Sözleşmesi", Ankara 1997.

ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001.

ÖZTÜRK Pınar, "Franchise Sözleşmesi", Yargıtay Dergisi, Ekim Sayısı, Ankara 1998.

PAKSOY Serdar, "Hukuki Yönüyle Franchising", Dünya Gazetesi, 27.10.1992 tarihli Özel Eki.

ŞOĞUR Macide, İşletme Sistemi Olarak Franchising, 2. Bası, İstanbul 1993.

ŞUA Mehmet, "Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 2, İstanbul 2007.

TANDOĞAN Haluk, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XI, S.4, Ankara 1982 (Kısaltma: Batider).

TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 1988.

TEOMAN Ömer, "Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanığı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. X, Ankara 1993.

TEOMAN Ömer, “Tek Yetkili Satıcılık”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl – Hukukî Mütalâlar (Mahkeme Kararları İle Birlikte), C. III, Kararları Tamamlanmış 2. Bası, İstanbul 2003 (Kısaltma: Mütalâlar).

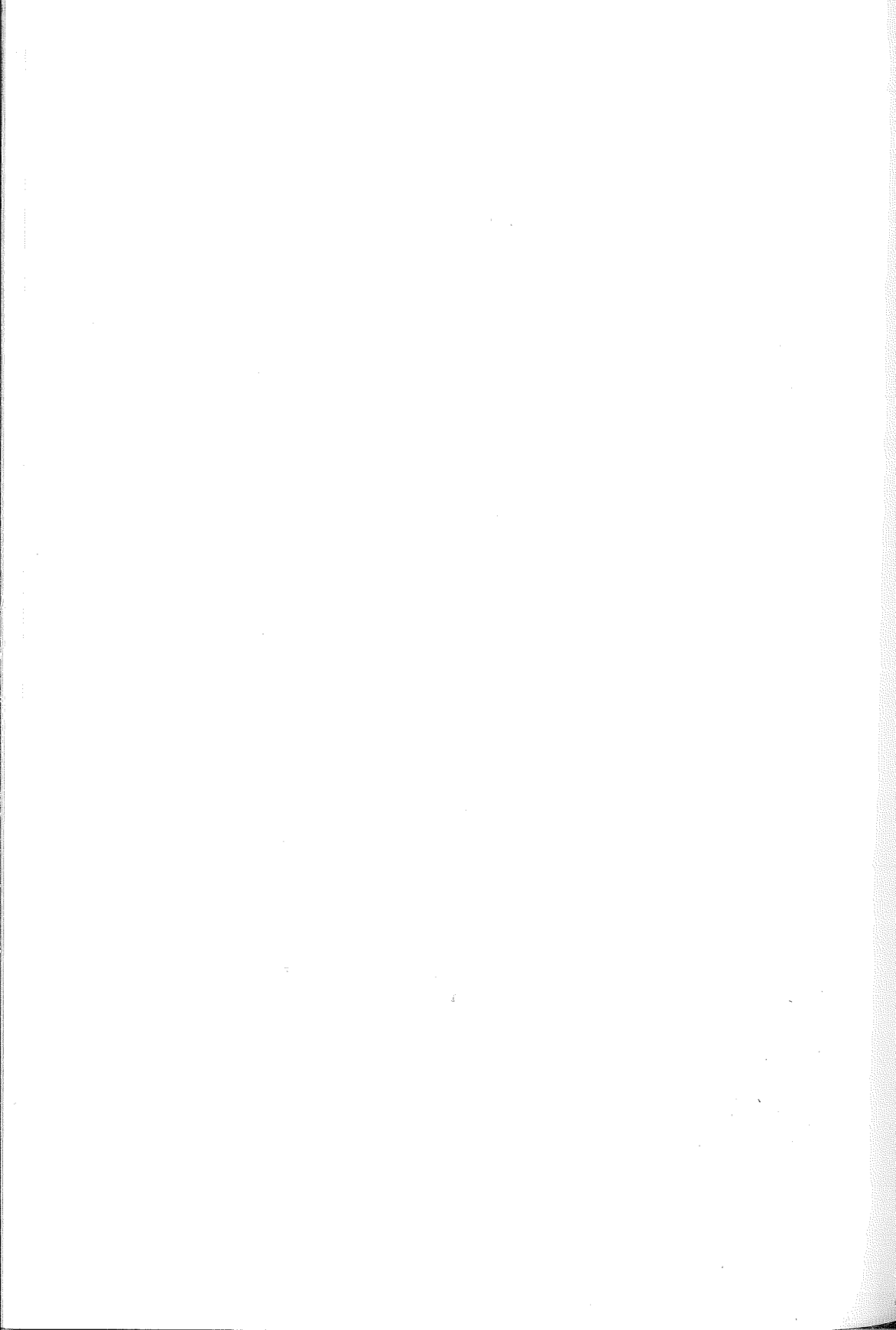
TUNCER Selahattin, “Hukuki Açıdan Franchising”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999.

ULAŞ Dilber, “Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi”, Ankara 1999.

YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009.

YUSUFOĞLU Fülürya, “Seçici Dağıtım Zincirinin ve Tek Satıcılığın Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması Sorunu”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasınının 80. Yılında İsviçre Borçlar Kanunu’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009.

ZEVKLİLER Aydın, “Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri”, 10. Bası, Ankara 2008.



6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA E-İSPAT

(E-EVIDENCE IN ACCORDANCE WITH THE PROVISIONS OF CODE OF CIVIL
PROCEDURE NUMBERED 6100)

Alper BULUR, Uzman / *Expert* *

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 205/II. maddesine göre, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir. Elektronik imzalı belgenin senet olarak değerlendirilebilmesi için belgenin oluşturulduğu elektronik imzanın türü önemlidir. Bu sebeple elektronik imzanın türü, mahkeme tarafından re'sen incelenmelidir. Güvenli elektronik imza dışında kalan elektronik imzalı belgeler senet niteliğinde değerlendirilemez. Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgeler dışındaki elektronik belgelerin ispat gücü bakımından, diğer ispat kurallarından yararlanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Belge, Elektronik İmza, Sayısal İmza, İspat, Delil

ABSTRACT

According to the Article 205/II of Code of Civil Procedure, the data drawn up in due form by secure digital signature have the force of a documentary evidence with wet signature signed by hand. The admissibility of a digitally signed data as documentary evidence is closely related to the "type" of a such digital signature. The type of a digitally signed data shall be determined by the court. Secure digital signature is the only digital signature having the force of the wet signature. The documents which have been signed with other (not secure) digital signatures may also be admissible pursuant to the general rules of the admissibility of evidences.

Keywords: Elektronic Document, Elektronic Signature, Digital Signature, Proving, Evidence.

GİRİŞ

Günümüzde, kağıda dayanan geleneksel iletişim modelinden, modern iletişim modellerine doğru hızlı bir yönelme ve bu alanda yaşanan hızlı bir ilerleme söz konusudur. Oysa yıllar önce, "kağıtsız iletişim" birçok kişi tarafından düşünülemezdi bile. Bilgi ve iletişim teknolojisinde yaşanan bu hızlı gelişim, karşılıklı veri alışverişi konusunda ve ekonomik alanlarda yeni olanaklar yaratmaktadır. Bu durum, özellikle ülke sınırlarını aşan mal ve hizmet alışverişi konusunu içeren hukukî ilişkiler

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: alperbulur@hacettepe.edu.tr

(elektronik ticaret) alanında da kendisini göstermektedir. E-ticaretin, özellikle internet aracılığıyla yaygın olarak kullanılması, sözleşmelerin kurulmasında ve sözleşme konusu edimlerin yerine getirilmesinde pek çok hukukî sorunu da beraberinde getirmektedir. Gerek maddi hukukta gerekse usûl hukukunda kağıda dayalı belgelere yüklemiş olduğumuz yazılilik, asıl olmak, imzalı olmak şeklindeki işlevlerin, elektronik ortamda da sağlanıp sağlanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Günümüzde, tüm ülkeler bakımından, daha güvenli bir ticaret yapılması isteği ve zorunluluğu söz konusudur. Böyle bir istek ve zorunluluk, özellikle elektronik imzanın araştırılmasına, uygulanmasına ve bu konuda gerekli hukukî düzenlemelerin yapılmasına yol açmıştır. Elektronik imza içeren belgeler, e-ticaret alanında önemli bir role sahipken, yargısal anlamda işlevsiz kalırsa; herhangi bir uyuşmazlık durumunda iddiasını ispat edememe riski taşıyan taraf, elektronik ortamda hukukî işlem yapmaktan kaçınacaktır. Söz konusu kaçınma ise, özellikle ülkemiz bakımından, elektronik ticaret konusunda geri kalma, bu alanda pazar kaybetme ve benzeri ekonomik zararları beraberinde getirecektir.

Medenî usûl hukuku hükümlerinin teknik gelişmeler doğrultusunda çağa uygun olarak düzenlenmesi kanun koyucunun görevidir. Hukukî düzenleme yapılırken, genel bir çerçeve çizilmeli ve tüm konularda ayrıntılı ve sınırlayıcı düzenlemeler yapılmasından kaçınılmalıdır. Aksi bir durumda, hukuk, teknik gelişmelerin gerisinde kalabilir. Gerekli olan ayrıntılı düzenlemeler, bilim adamları ve uzman görüşleri doğrultusunda daha sonra da yapılabilir ve uygulamanın yolu çizilebilir.

Biz de çalışmamızda, medenî usûl hukukunun uygulama alanı ile sınırlı olmak üzere ve özellikle hukukumuzda mevcut olan e-imza düzenlemesinden ve ispat kurallarından yola çıkarak; taraflar arasında yapılmış olan hukukî işlemlerin, elektronik ortamda bulunan deliller ile ispatı ve bunların delil değeri üzerinde durmaya çalıştık.

1. Elektronik Belge

İlk olarak belge kelimesinin sözlük anlamını incelediğimizde, “bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, doküman” anlamına geldiğini görürüz¹. İradenin dış alemde varlık kazanmasını sağlayan şey, genel anlamıyla belge olarak kabul edilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda belge, “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.” şeklinde ifade edilmiştir (HMK m. 199).

1086 sayılı HUMK’ndan farklı olarak, belge kavramına 6100 sayılı HMK’nda yer verilmiş ve “belge” bir üst kavram olarak kabul edilmiştir. Belge, medenî usûl hukukunda senet kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Her senet bir belgedir; ama, her belge medenî usûl hukuku anlamında senetlere yüklenen özelliklere sahip değildir. HMK’nda, belge konusunda sınırlayıcı bir tanım yapılmamış, belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizilmiştir.

Belgenin üst kavram olarak kabul edilmiş olması, ilerde meydana gelebilecek teknik gelişmelere daha kolay ayak uydurulmasını ve bu yönde düzenleme yapılmasını

¹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 2005, s. 237.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

mümkün kılacaktır. Herhangi bir veri taşıyıcısı, bugün anladığımız anlamda senet ya da güvenli elektronik imza ile imzalanmış elektronik verilerden daha kuvvetli bir ikna gücüne ve güvenliğe sahip olursa, onun kesin delil olarak kabulü de kolaylaşacak ve bunun için Kanun sisteminin bozulması da gerekmeyecektir².

HMK'nda belge tanımında, iki unsur önemlidir. Belge, bir "bilgi taşıyıcısı"dır. Ancak, her bilgi taşıyıcısı değil, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olanlar yargılama hukuku anlamında belge sayılmıştır. Tanımda, belge olarak kabul edilecek bilgi taşıyıcılarının en tipik olanları örnek olarak sayılmıştır; ancak bu sayma sınırlayıcı değildir. Örneğin sadece yazılı ve basılı metinler değil, elektronik ortamdaki verilerin de bu bağlamda bilgi taşımaya uygun olduğu kabul edilmiştir³.

Elektronik belge, en temel anlatımla, elektronik ortamda sayısal olarak kodlanmış şekilde bulunan elektronik verilerdir⁴. İnternet üzerinden yapılan hukukî işlemler, elektronik posta yoluyla gönderilen irade beyanları, veri taşıyıcılarına yüklenmiş irade açıklaması içeren elektronik veriler bu anlamda değerlendirilebilir⁵. Benzer şekilde, elektronik belge veya elektronik kayıt gibi terimler, elektronik ortamda yaratılan bilgiyi ifade etmek için de kullanılmaktadır.

Elektronik belgeler, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilirler. Bunlardan ilki, veri taşıyıcısında kayıtlı verilerdir. Veri taşıyıcısındaki kayıtlı veriler, bir araç yardımı ile okunabilirler. İkinci görünüm şekli olarak, bilgisayar ekranında görülen verileri sayabiliriz. Bunlara örnek olarak da internet aracılığıyla görülebilen verileri ve özellikle e-postayı örnek olarak verebiliriz. E- posta, bir bilgisayardan diğerine, iletim hatları sayesinde gönderilen veri olarak ifade edilebilir.

Elektronik belgelerin ortaya çıktığı bir diğer şekil de bilgisayar çıktısı ve bilgisayar belgegeçerdir⁶. Bilgisayar çıktısı, elektronik ortamda bulunan bir verinin, o anda ekranda görüldüğü haliyle, yazıcı aracılığıyla kağıt üzerinde vücut bulmasıdır.

Bir yazılı metin, bir belgegeçer makinesinden bir diğer belgegeçer makinesine gönderilebileceği gibi, bir bilgisayardan elektronik yolla bir belgegeçer makinesine de gönderilebilir⁷. Belgegeçer ile bir yazı veya resim, telefon sistemi vasıtasıyla, tıpkı basım şeklinde kopya olarak karşı tarafa ulaşır⁸.

2. Elektronik İmza

Elektronik imza için öncelikle geniş tabanlı bir tanım yapmak gerekirse, kişilerin biyometrik özelliklerine dayalı (ses, görüntü retinası taraması, parmak izi taraması

² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Genel Gerekeç.

³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Madde Gerekeçleri m. 203.

⁴ 15.01.2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu uyarınca elektronik veri kavramı, elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları ifade etmektedir (EİK m. 3/I, a).

⁵ Erturgut, M.: Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 29.

⁶ Belgegeçer (telefaks) metinlerinin delil olarak değerlendirilmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, K. E.: Telefaks Metinleriyle İspat, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 155-172.

⁷ Gökyayla, s. 156.

⁸ Erturgut, s. 50-51.

gibi) biyometrik yöntemleri⁹, kredi kartlarında kullanılan PİNİ, elle atılmış imzanın tarayıcıdan geçirilerek elektronik ortama aktarılmış hâlini, bilgisayar ekranında bu amaçla yapılmış bir kalemle atılan imza tekniğini veya çift anahtarlı kriptografiyle oluşturulan dijital (sayısal) imzayı bu çerçevede sayabiliriz¹⁰.

Günümüzde elektronik ortamda gerçekleşen iletişimde, hukukî işlemlerde güvenliğin sağlanması, kimlik tespiti, inkâr edilememe, veri bütünlüğü ve giriş koruması gibi konularda elektronik imza ihtiyacı duyulmaktadır¹¹.

A. Elektronik İmza Çeşitleri

Elektronik imza çeşitlerini ele alırken, kanun koyucu tarafından tercih edilen düzenleme tarzına uygun olarak, hangi tür elektronik imza olursa olsun, bütün elektronik imzalar için ortak olan, hukukî bağlayıcılık, geçerlilik ve güvenlik bakımından öngörülen çeşitli şartlar dikkate alınarak bir ayırım yapılmıştır. Öncelikle, elektronik imzalar hakkındaki genel bilgilerden yola çıkarak, bilgisayar ekranına kalem ile atılan imza, tarayıcıdan bilgisayara aktarılmış imza, biyometrik imza ve dijital (sayısal) imza, basit elektronik imza genel başlığı altında ele alınmaktadır. Gelişmiş elektronik imza, güvenli elektronik imza ve akredite edilmiş sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilmiş sertifikaya dayanan elektronik imza şeklinde yapılan ayırım ise; basit elektronik imza üzerine getirilen ek şartlara göre yapılmış bir ayırım olarak karşımıza çıkmaktadır¹².

1999/93 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde (m. 2) elektronik imza, “başka bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan, kimlik teşhisine yarayan elektronik formda bulunan veriler” olarak tanımlanmıştır.

Türk hukukundaki tanım da AB Direktifi esas alınarak yapılmış bir tanımdır. Buna göre, elektronik imza, “başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriye mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri” şeklinde ifade edilmiştir (EİK m. 3/I, b).

Uygulamada sık sık, bir üst kavram olmasına rağmen, elektronik imzanın dijital imza ile aynı anlamda kullanıldığını görmekteyiz. Dijital (sayısal) imza, elektronik ortamdaki yazışmalara eklenmek suretiyle, imza sahibi olan yazıyı gönderenin kimliğinin ve gönderilen yazının bütünlüğünün korunduğunu doğrulayan bölümdür¹³. Sayısal imza, yazının içeriğine ve imzalayanın gizli anahtarına bağlı bir kriptografik¹⁴

⁹ Biyometrik tanıma sistemlerinin uygulama alanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keser Berber, L./Lostar, M.: Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Ankara 2006, s. 36-81.

¹⁰ Erturgut, s. 54; Pekcanitez, H.: Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s. 395.

¹¹ Göksu, M.: Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011, s. 52; Şenocak, Z.: Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması, AÜHF 2001, C. 50, S. 1, s. 98.

¹² Erturgut, s. 60.

¹³ Keser Berber, L.: “İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukukî Değeri, TBB 2000, S. 2, s. 507.

¹⁴ Kriptoloji, güvenli bilgi iletişimi ve/veya saklanması için şifreleme ve şifre çözme yöntemleri geliştirilen, inceleyen bilim dalıdır. Kriptoloji genel bir ifade ile bilgileri gizli tutma bilimidir. Örneğin, haberleşme yapılırken mesaj bir algoritma vasıtası ile şifrelenerek gizliliği sağlanır. Şifreleme işlemi sonucunda YÜHF Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHF Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

yöntemle üretildiği için; sayısal imzanın doğrulanmasında, imzayı oluşturanın açık anahtarı kullanılmaktadır¹⁵.

Sayısal imza, imzalanan metine göre farklılık gösterir ve içeriğin matematiksel fonksiyonlardan geçirilerek eşsiz olduğu düşünülen bir değer bulunması suretiyle elde edilir¹⁶. Bir başka ifadeyle, kişilerin elle atılan imzada olduğu gibi tek bir imzası yoktur; bunun yerine imzalamada kullanılan anahtarları vardır¹⁷.

Sayısal imza, kriptografik teknolojiye dayanmakla birlikte; imzalanan metnin şifrelenmesini sağlamaz. Başka bir ifadeyle, imzalanan metin, şifrelenmemiş olarak alıcıya gönderilir. Sayısal imza, mesaj özetinin (Hashwert, Hash-Code) şifrelenmesi suretiyle oluşturulmuş bir elektronik veridir ve imza kontrolü sayesinde verinin bütünlüğünün korunup korunmadığı ve içeriğinde değişiklik yapıp yapılmadığı tespit edilir¹⁸. Bu bağlamda, sayısal imzanın, gönderilen verinin değiştirilmesine karşı alınacak bir güvenlik önlemi olmadığını, verinin değiştirildiğini tespit etmeye yarayan bir yöntem olduğunu söyleyebiliriz¹⁹.

Gelişmiş elektronik imza, alıcıya gönderilen verinin bütünlüğünün korunduğunu göstermesi yanında, imzalayanın kimliğinin tespitini de sağlar²⁰. Türk hukukunda gelişmiş elektronik imzanın tanımına yer verilmemiştir; ancak, gelişmiş elektronik imzanın unsurları, güvenli elektronik imzanın tanımındaki unsurlar arasında yer almaktadır.

Güvenli (nitelikli) elektronik imza ise, Türk hukuku bakımından tanımlanmıştır. EİK m. 4'e göre, güvenli elektronik imzada bulunması gereken unsurlar şunlardır:

- Münhasıran imza sahibine bağlı olmalı,
- Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulmuş olmalı,
- Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlamalı,
- İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlamalıdır.

AB Direktifinde, güvenli elektronik imza ile ilgili bir tanım yapılmamış; ancak, üye ülkelerin el yazısı ile imzaya eşdeğer kabul edecekleri ve yargılamada delil olarak kullanılmasını temin edecekleri imzanın unsurları bakımından güvenli elektronik imza kabul edilmiştir (AB Direktifi m.5). Bizde de iç hukukumuz açısından bu durumun gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Zira Elektronik İmza Kanunu'nda, güvenli elektronik

alıcının aynı anahtarı kullanarak açabileceği şifreli mesaj ortaya çıkar. Anahtar iki taraf arasında gizli tutulmalıdır (<http://www.e-imza.gen.tr/index.php?Page=Sozluk&Harf=K>, son yararlanma: 13.07.2008).

¹⁵ Pekcanitez, s. 395; Doktrininde, "gizli anahtar, dijital imzanın atılmasında kullanılan yazı malzemesi; açık anahtar ise, bu yazıyı okuma aracıdır." şeklinde bir benzetme yapılmaktadır (Şenocak, s. 101).

¹⁶ Orta, M.: Ulusal Yargı Ağı Projesinde Elektronik İmza, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Noterlik Hukuku Sempozyumu VII, Ankara 2001, s. 166.

¹⁷ Şenocak, s. 99.

¹⁸ Keser Berber, L.: İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002, s. 139; Orta, s. 165; Şenocak, s. 100.

¹⁹ Erturgut, s. 70; Şenocak, s. 101.

²⁰ Yıldırım, M. K./Pürselim, H. S.: Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri, İBD 2005, C. 79, S. 4, s. 1106.

imza, el yazısı ile imzaya eşdeğer kabul edilmiş (EİK m. 22²¹) ve elektronik imza ile oluşturulmuş verilerin senet hükmünde olacağı belirtilmiştir (EİK m. 23²²).

B. Elektronik İmzanın Güvenliği İçin Gerekli Şartlar

Elektronik imzanın güvenliği ve bu konu ile bağlantılı olarak delil değeri, uygulamada teknik ve kurumsal güvenliğin sağlanmış olması şartına bağlıdır. Teknik güvenlik konusu, kriptografik güvenlik, imza anahtarının teklifi, gizli anahtarın korunması²³, güvenli yazılım ve donanım, kullanım güvenliği, sertifika, sertifika ve bloke listesi, zaman damgası gibi unsurlar ile ilgilidir²⁴.

Kurumsal güvenlik konusu ise, sertifika hizmet sağlayıcısının çalışanlarının yeterliliği ve uzmanlığı, imza anahtarlarının üretimi, imza anahtarlarının sahibine özgülmesi, teslimi ve yapılan bütün işlemlerin sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından belgelendirilmesi gibi unsurları kapsar²⁵. Ayrıca kullanım sırasında güvenliğin sağlanması da önemlidir²⁶. Sayısal imzanın güvenliğinin yükselmesi, sayısal imzalı belgelerin delil değerinin de yükselmesini sağlayacaktır²⁷.

3. Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri

A. Genel Olarak

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir. Herkesçe bilinen vakıalar ve ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz (HMK m. 187).

Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir (HMK m. 189/I). TMK m. 6'da yer alan genel kurala göre ve HMK m. 190 uyarınca, ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir ve taraflardan her biri, kendi lehine haklar çıkardığı çekişmeli vakıaları ispat etmek zorundadır. Talepte bulunan taraf, kural olarak, somut olaya uygulanacak hukuk normunun koşul vakıalarını ispatlarken; karşı taraf, bu koşul vakıalara karşı, hukukî engeller veya sonucu ortadan kaldıracı vakıalar hakkında ispat etkinliğinde bulunacaktır.

Eğer elektronik imzalı belge, ispat aracı olarak yargılamaya dahil edilmişse, bu delile dayanan taraf, öncelikle aleyhine elektronik imzalı belge ileri sürülen taraftan kaynaklanan bir irade açıklaması olduğu iddiasını ispatlamak zorundadır. Zira hukukî işlemler bir irade açıklaması içerir ve bu açıdan, delile dayanan taraf, çekişme konusu belgenin, çekişme konusu içerikle beraber (değişmezlik), karşı tarafça imzalandığını ispatlamak zorundadır²⁸. Bunun ispatı için taraf, mahkemeye, belgeyi imzaladığı iddia

²¹ 22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir; krş. 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 15.

²² 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir; krş. 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 205.

²³ Keser Berber – Dijital İmza, s. 140.

²⁴ Ulusal Yargı Ağı Projesinde (UYAP) öngörülen elektronik imza prosedürü için bkz. Orta, s. 167-172.

²⁵ Sertifika hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, s. 133-134.

²⁶ Erturgut, s. 93; Şenocak, s. 126.

²⁷ Pekcanitez, s. 403.

²⁸ İspat yükü konusunda aksi görüş için bkz. Keser Berber - İmzalıyorum O Halde Varım, s. 550.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

edilen kişinin açık anahtarını²⁹ ve sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikasını³⁰ sunabilir³¹.

Medenî usûl hukukumuzda geçerli olduğu kabul edilen temel ilkelerden birisi de “vakıalara³² dayandırma teorisi”dir. Bu bağlamda, talepte bulunan taraf, maddi hukuk bakımından haklı olsa bile, talep sonucunu dayandırdığı vakıaları mahkemeye sunmamış ise, talebi hâkim tarafından reddedilecektir diyebiliriz³³.

Burada üzerinde durulması gereken bir konu daha vardır. Bir davanın taraflarının yabancı ülke vatandaşı olması veya sözleşmenin yabancı ülkede yapılmış olması durumunda, davayı çözümlen hâkimin bu davada hangi hukukun uygulanacağı sorununu çözmesi gerekir. Maddi hukuk bakımından bu sorunun çözümü devletler özel hukukuna aittir. Örneğin maddi hukuka ilişkin haklar bakımından, hakkın doğduğu yer hukuku (lex causae) uygulanabilir. Usûl kurallarının uygulanmasında ise hâkimin hukuku (lex fori) ilkesi uygulanmaktadır. Buna göre, uyumsuzluğa hâkim yabancı hukuk kurallarını uygulayacak olsa bile, uyumsuzluğun çözümünde kendi usûl kurallarını uygulayacaktır. Örneğin, davanın açılması, yetkili ve görevli mahkeme, süreler gibi. Aynı şekilde, davacının dava ehliyeti ve dolayısıyla fiil ehliyetine sahip olup olmadığı, tarafın tâbi olduğu kendi hukukuna göre değil, davaya bakan hâkimin kanuna göre belirlenir³⁴.

Bununla beraber, ispat kuralları bakımından ise, hak nerede ve hangi ülkenin maddi kanunlarına göre doğmuşsa, bu konuda gösterilecek delillerin de işlemin yapıldığı yer kanununa tâbi olması gerekir³⁵. Buna “locus regit actum³⁶” kuralı

²⁹ Anahtar, veri şifrelemek ya da çözmek için kullanılan algoritmanın bilinmeyen kısmını oluşturan parçadır. Açık anahtar ise, açık anahtarlı kriptografide herkes tarafından erişilebilen anahtardır. Sadece eşi olan özel anahtara sahip kişi tarafından açılması istenen verileri şifrelemek için ya da özel anahtar sahibi tarafından şifrelenmiş verileri çözmek için kullanılır (<http://www.e-imza.gen.tr/index.php?Page=Sss&SssNo=71>, son yararlanma: 13.07.2008).

³⁰ Elektronik sertifika, elektronik imzanın doğrulanması için gerekli olan veriyi ve imza sahibinin kimlik bilgilerini içeren elektronik kaydı ifade etmektedir. Elektronik sertifikalar, kanuna uygun olarak faaliyette bulunacak elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarından belirli bir ücret karşılığında temin edilecektir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının sertifika üzerindeki elektronik imzası, sertifikanın bütünlüğünü ve doğruluğunu garanti edecektir. Elektronik sertifikalar, atılan imzanın doğruluğunun teyit edilebilmesi için gereklidir. Nitelikli elektronik sertifikalar; Kanunun 9’uncu maddesinde belirtildiği şekilde “nitelikli sertifika” olduğuna dair bir ibareyi, sertifika hizmet sağlayıcısının kimlik bilgilerini ve kurulduğu ülke adını, imza sahibinin teşhis edilebileceği kimlik bilgilerini, sertifikanın geçerli olduğu süreyi ve sertifikanın seri numarasını barındıran elektronik sertifikalardır (<http://www.tk.gov.tr/Tuketici/Sorulanlar/Sorulanlar.htm#Elektronik%20Sertifika>”%20ve%20“Nitelikli%20Elektronik%20Sertifika”%20nedir, son yararlanma: 13.07.2008).

³¹ Erturgut, s. 171.

³² Mahkemenin, sadece tarafların ileri sürdükleri vakıaları inceleyebilmesine, kural olarak, deliller de dahildir.

³³ Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medenî Usûl Hukuku, B. 11, Ankara 2011, s. 250, 331, 421.

³⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 60.

³⁵ Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, B. 15, İstanbul 2007, s. 349.

³⁶ “Locus regit actum” kuralı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Doğançın, T.: Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 59-61.

denilmektedir³⁷. Taraflar hukukî işlemi yaparken, ileride uyuşmazlık çıktığında uyuşmazlığın çözümleneceği ülkeyi değil de buldukları yeri esas alacaklarından bu istisna kabul edilmiştir. İspat hukuku bakımından getirilen bu istisna oldukça önemlidir. Çünkü hukukumuzda kesin delil ile ispat esas alınmışken, bazı ülkelerde serbest delil sistemi geçerli olabilir. Hâkim, iddiasını ispat etmek isteyen tarafa, hukukî işlemin yapıldığı yerdeki usûl kurallarına göre olanak tanıyacaktır³⁸. Örneğin, hukukî işlemin yapıldığı yerde elektronik imza, el ile atılan imzaya eşdeğer tutuluyorsa ve kesin delille ispat söz konusu değilse, bu tür elektronik belgeyi delil olarak değerlendirmek gerekir³⁹.

B. Elektronik İmzalı Belgelerin İspat Kuralları Bakımından Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

HMK'nda açık olarak bir ayırım yapılmamakla birlikte, hukukumuzda kesin delil ve takdiri delil ayırımı esas alınmış ve her iki delil türüne de yer verilmiştir. Kanun koyucunun bu şeklide açık bir ayırım yapmamış olmasına rağmen, hâkimin delillerin değerlendirilmesi konusundaki bağlılığı ve her bir delile Kanunda ayrı bir sonuç bağlanmış olması, bu ayırımı ortaya çıkarmaktadır.

Deliller ile ilgili olarak, iki sistem kabul edilmektedir. Birincisi, yargılamada kullanılacak delillerin tek tek belirtildiği "katı (veya sıkı) delil sistemi"dir. Katı delil sisteminde, kanunda belirtilmiş olan deliller dışında başka bir delil kabul edilmemekte ve yargılama sırasında mahkemeye sunulan deliller, tahdidi olarak sayılmış olan delillerden biri ise, ancak o zaman delil olarak değerlendirilebilmektedir. Bu sistemin uygulandığı ülkelere örnek olarak Almanya'yı verebiliriz. Alman yargılama hukukunda, bilirkişi, keşif, isticvap, senet ve tanık delillerinden oluşan beş tür delil bulunmaktadır. Söz konusu deliller dışında, kanunda düzenlenmemiş başka bir delil ile ispat olanağı yoktur⁴⁰.

Diğer bir sistem ise, bizim hukukumuzda da geçerli olan "serbest delil" sistemidir. Serbest delil sisteminde de deliller kanunda belirtilmiştir; ancak, bu belirleme tahdidi değildir ve ispat aracı olabilecek her şey delil olarak değerlendirilebilmektedir. Bu durum, "Kanunda düzenlenmemiş delilleri" hüküm altına alan HMK'nun 192. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu madde uyarınca, Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir ve hâkim, kendiliğinden veya talep üzerine, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillerin de incelenmesine karar verebilmektedir.

³⁷ İspat araçlarının kabulü hakkında, çekişme konusu işlemin doğduğu yer hukukunun (lex loci contractus) tercih edilmesi fikri yaygınlaşmaktadır; ancak, henüz uygulamada kendisine yer bulabilmiş değildir (Nomer/Şanlı, s. 347).

³⁸ Bununla beraber, maddi hukuka ait belirli bir ilişkiye bağlı olmaksızın, doğrudan doğruya usûl hukukuna ait sebeplerle bağlanmış ispat külfetlerinde durum farklılık gösterir. Özellikle, ispat külfeti tarafların dava sırasındaki davranışlarıyla etkileniyorsa; örneğin, gıyap, delillerin ibrazında gecikme, soru karşısında sükût gibi davada taraflardan birinin özel davranışına bağlanmış bulunan ispat külfetine ait ilkeler lex fori'ye göre karara bağlanır (Nomer/Şanlı, s. 349).

³⁹ Pekcanitez, s. 409.

⁴⁰ Yıldırım, M. K.: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 87.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Medenî yargılama hukukunda, hangi delillerin hâkim tarafından değerlendirilebileceği kadar, kabul edilen delil sistemine göre delillerin nasıl değerlendirileceği de önemlidir. Burada da iki tür sistem karşımıza çıkmaktadır. Birinci sistem, hâkim tarafından “delillerin serbestçe değerlendirilmesidir”. İkinci sistem ise, hukukumuzda da geçerli olan ve hâkimin kesin deliller ile bağlı olduğu “kanunî delil sistemidir”.

Hukukumuzda, kural olarak, kanunda belirtilen istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (m. 198). Kanunda belirtilen istisnalar, senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve kesin hükümdür (HMK m. 303). Hâkim, söz konusu kesin delillerin gerçeği yansıtmadığını serbestçe takdir edemez. Geçerli oldukları sürece, kesin delillerin gerçeği temsil ettiğini kabul etmek zorundadır⁴¹. Eğer bir vakianın ispatı için kesin bir delil ileri sürülür ve vakıa o delil ile ispat edilir ise, hâkim söz konusu vakianın doğruluğunu kabul ederek buna uygun karar vermek zorundadır. Zira kesin deliller, şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanun koyucunun belirlediği ve şartların mevcut olması halinde hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisinin bulunmadığı delillerdir.

Koşullarını ve hükümlerini kanun koyucunun belirlemediği, hâkimi bağlamayan ve hâkimin serbestçe değerlendirebildiği deliller ise takdiri delillerdir. Takdiri deliller ise, tanık ifadesi (HMK m. 240 vd.), bilirkişi raporu (HMK m.266 vd.) ve keşif tutanağıdır (HMK m. 288 vd.). Yargılama hukukumuzda, ancak belli değer altındaki hukukî işlemler ve senetle ispat kuralının istisnaları (m. 203) için takdiri deliller ile ispat söz konusu olur⁴². Ayrıca, taraflar, delil sözleşmesi ile belli hukukî işlemlerin takdiri delillerle de ispatlanabileceğini kararlaştırabilirler (HMK m. 193).

Medenî yargılama hukukumuzda, delil sistemlerinden “serbest delil sistemi” benimsenmiştir. Delillerin değerlendirilmesi bakımından ise, belirli miktarın üzerindeki hukukî işlemler için “kanunî delil sistemi”ni, bunun dışında kalan hukukî işlemler için “delillerin serbestçe değerlendirilmesi”ni kabul eden karma bir değerlendirme sistemi benimsenmiştir⁴³.

Kanun koyucu, Nöşatel Kantonundan usûl hükümlerini alırken, söz konusu Kantonda geçerli olan “delillerin serbestçe değerlendirilmesi” sistemini almamış; bunun yerine, Fransız Medenî Kanunu’ndaki gibi kesin deliller ile ispat kuralının geçerli olduğu “kanunî delil sistemi”ni almıştır⁴⁴. Bununla beraber, hukukumuzda, 1086 sayılı HUMK’nda, senetle ispat kuralının istisnaları, Fransız hukukuna göre daha dar kapsamlı düzenlenmişti. Bu durumun, hukukumuzda, medenî yargılamanın amacı olarak kabul edilen “gerçeğe ulaşma” konusunda bir engel olduğu düşünülmekteydi⁴⁵. Ancak, 6100 sayılı HMK’nda, senetle ispat zorunluluğunun biraz daha yumuşatıldığı görülmektedir.

⁴¹ Keser Berber - İmzalıyorum O Halde Varım, s. 546.

⁴² Alangoya, H. Y./Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.: Medenî Usûl Hukuku Esasları, B. 6, İstanbul 2006, s. 324.

⁴³ Pekcanitez, s. 398.

⁴⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 475.

⁴⁵ Yıldırım, M. K.: Senetle İspat Kuralının Türk Medenî Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, B. 5, İstanbul 2006, s. 109, 114.

Yargılama hukukumuzda kabul edildiği gibi, bazı iddiaların sadece kesin deliller ile ispatlanabiliyor olması, “sübjektif haklarda güvenin sağlanması” düşüncesi ile savunulmaktadır. Bu görüş doğrultusunda, kesin delil ile ispat, yalan tanıklığı önler, uyuşmazlığı daha kısa sürede sonuçlandırır ve bu sayede hâkimin işini de kolaylaştırmış olur. Bununla beraber, kesin deliller dışında kalan delillerin kullanımı sınırlandırıldığı için, bazı durumlarda mahkeme gerçeğe aykırı kararlar verebilmektedir. Medenî yargılama hukukunun amacı da maddi gerçeğe ulaşmak olduğu için, bu durum birtakım olumsuzluklara yol açabilmektedir. Özellikle maddi hukuka ilişkin hukukî işlemlerin bir çoğunda şekil şartı öngörülmediğinden, kesin delil sistemi ve özellikle senetle ispat zorunluluğu, önceden kesin delil sağlanamaması ve hakkın daha sonra mahkeme önünde ileri sürülmesi durumunda, tarafların aleyhine ve gerçeğe uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.

Genel olarak şunu söyleyebiliriz ki, kesin delil ile ispat ilkesi gerçekten uzaklaştırma tehlikesine karşın, inkâr edilemeyecek faydalar da içermektedir. Ayrıca söz konusu ilke, tamamen katı bir biçimde uygulanmamakta, belli değer altındaki hukukî işlemler ve senetle ispat kuralının istisnaları söz konusu olduğunda, takdiri deliller ile ispat mümkün olmaktadır. Ayrıca, taraflar, belli hukukî işlemlerin (vakıaların), belli deliller ile ispatlanabileceğine dair “delil sözleşmesi” yapabilmektedirler (m. 193).

Kesin delillerle ispat kuralı ve hâkimin kesin deliller ile bağlı olması ilkesi, “taraflarca hazırlama ilkesi”nin uygulandığı davalarda geçerlidir (HMK m. 25). Bununla beraber, “kendiliğinden araştırma ilkesi”nin uygulandığı davalarda senet ve yemin, hâkim açısından bağlayıcı olmamaktadır. Bu tür davalarda, gerçeğin araştırılması ve gerçeğe ulaşılabilmesi konusunda, hâkim, tarafların getireceği dava malzemesi ile bağlı kalmamaktadır⁴⁶.

Hâkim, takdiri delillerle ispatta olduğu gibi geniş bir yetkiyle de olsa, kesin delillerle ispatta olduğu gibi sınırlı bir yetkiyle de olsa delilleri değerlendirme konusundaki tek yetkili kişidir. Bu yetkiyi kullanmaktan kaçınamaz ve başkasına devredemez. Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir (HMK m. 189/IV).

Delillerin bildirilmesi, ibrazı ve başka yerden getirilmesi ile değerlendirilmesi karıştırılmamalıdır. Özellikle taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, dava malzemesi olan deliller taraflarca gösterilir; ancak, söz konusu delilleri değerlendirecek olan hâkimdir. Ayrıca hâkim her delili dikkate almak zorunda da değildir. Örneğin, sırf davayı uzatmak amacıyla sonradan ileri sürülen delili incelememe konusunda hâkim takdir hakkını kullanabilir. Aynı şekilde, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz (HMK m. 189/II).

Hâkim bu şekilde delilleri serbestçe değerlendirirken, aynı zamanda, delil değerlendirmesini gerekçesine yansıtma zorundadır⁴⁷. Bu durum, hukukî dinlenilme hakkı bakımından da gereklidir (HMK m. 27). Hâkimin delilleri değerlendirmesi akli,

⁴⁶ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 207.

⁴⁷ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 84.

mantıki ve hukukî gerekçelere dayanmalı; ayrıca, kendi içinde ve ileri sürülen vakıalarla bağlantılı ve tutarlı olmalıdır⁴⁸.

II. Güvenli Elektronik İmza ile İmzalanmış Elektronik Belgelerin Senetle İspat Kuralları Bakımından Değerlendirilmesi

Genel anlamıyla senet, irade beyanının dış alemde bir yazılı belge olarak yansımadır. Burada dikkat edilmesi gereken konu, her belgenin Kanunun bağladığı sonuçlar bakımından senet sayılmamasıdır. Örneğin, yazılı delil başlangıcı, fotokopi, faks metinleri belgedir; ama, senet sayılmazlar. Senet metninde nelerin bulunması gerektiği HMK'nda açık bir şekilde belirtilmemiştir⁴⁹. Bununla beraber bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken asgari şartlar şunlardır:

- Senet sayılan belgenin bir cisim bulması; bir başka ifadeyle, dış aleme yansiyacak şekilde varlık kazanması (bir kağıt veya başka bir nesne üzerinde görülebilir hâle gelmesi),
- Senedin yazılı olması,
- Senedin bir irade beyanı içermesi (ispatın asıl konusu olan iradenin anlaşılması için, senette, belgelendirilmesi gereken hukukî işlem hakkında tam bir bilginin bulunması gerekir),
- Senette imzanın bulunması gerekir (imza ile senet metninin sadır olduğu kişiye aidiyeti anlaşılır).

Söz konusu unsurlar tam olarak mevcut değilse, o belge, belge olarak kabul edilebilir; ancak, yargılama hukuku bakımından senet olarak kabul edilemez. Duruma göre yazılı delil başlangıcı sayılabilir.

İmza, kural olarak, el yazısıyla atılmalıdır⁵⁰ (BK m. 14/I, c. 1)⁵¹. Bununla beraber, bu kuralın gerek zorunluluktan gerek teknolojinin ilerlemesinden kaynaklanan bazı istisnaları kabul edilmiştir. Bir alet vasıtasıyla atılan imza, örf adetçe kabul edilen ve özellikle çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzalanması gereken durumlarda geçerlidir⁵² (BK m. 14/II)⁵³. HMK m. 206'ya göre, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır⁵⁴. Noterlerce düzenlenecek olan senetler için ilgisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmaz (HMK m. 206/I, III). Noterlik Kanunu'na göre, noter, ilgilinin iştirme, konuşma veya görme özürülü olduğunu anlarsa, işlemler özürünün isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin iştirme veya konuşma özürülü olması ve yazı ile anlaşma

⁴⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 325-326.

⁴⁹ Pekcanitez, s. 399.

⁵⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 352.

⁵¹ Krş. 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 15/I, c. 1.

⁵² Şenocak, s. 123.

⁵³ Krş. 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 15/II.

⁵⁴ İmza atamayan kimselerin, cüzdanla iş yapmayı usul edinmiş kuruluşlarla olan işlemlerde kullanacakları mühür, kazanmış imza, işaret veya parmak izinin, işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli olup, her işlemde ayrıca onamaya bağlı değildir (HMK m. 206/II).

imkânının da bulunmaması hâlinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur. (NK m. 73).

El yazısı ile imza ve senedin yazılı olması kuralının en önemli istisnası, elektronik ortamda oluşturulan verilerin delil değeridir. Kural olarak, elektronik ortamda oluşturulan veriler, senet niteliğinde değildir⁵⁵. Ancak, bilgisayar çıktısının altı imzalanırsa senet değeri kazanır. Böyle bir durumda, bilgisayar çıktısının, daktilo ile veya elle yazılmış bir yazının imzalanmasından farkı olmayacaktır. Bununla beraber, teknolojinin gelişmesi ile birlikte, bir yerden başka bir yere elektronik verilerin gönderilmesi; örneğin, karşılıklı iradelerin uyuşması ile taraflar arasında bir sözleşmenin ortaya çıkması söz konusu olabilecektir.

Burada ortaya çıkacak sorun, senetle ispatı gereken durumlarda, söz konusu sözleşme ile ilgili uyuşmazlık çıktığında, taraflar arasında elektronik ortamda yapılan sözleşmenin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bu sorun, 23.01.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 23. maddesi ile 1086 sayılı HUMK'na eklenen 295/A maddesi ile çözülmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir (HMK m. 205/II).

Yine 5070 sayılı EİK'nun 22. maddesiyle BK m. 14'ün birinci fıkrasına yapılan ek ile güvenli elektronik imza, elle atılan ile aynı ispat gücünü haiz kabul edilmiştir. Benzer bir hüküm EİK m. 5'te de vardır. Söz konusu madde uyarınca, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurmaktadır.

Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, güvenli elektronik imza ile imzalanan elektronik belgeler, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracak; bir başka ifadeyle senet sayılacaklardır. Bununla beraber, el ile atılan imzadan farklı olarak, Kanunların resmi bir şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler⁵⁶ ile teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez⁵⁷ (EİK m. 5/II).

Benzer şekilde, Türk Ticaret Kanunu m. 668 uyarınca, poliçe üzerindeki beyanların el yazısı ile olması şarttır. El yazısıyla imza yerine mihaniki herhangi bir araçla veya el ile yapılan yahut tasdik edilmiş olan bir işaret ya da resmi bir şahadetname kullanılarak poliçenin imzalanması mümkün değildir. Poliçeler hakkında düzenleme içeren imzalar hakkındaki bu hüküm, bonolar için de geçerlidir (TTK m. 690). Aynı şekilde, çekler bakımından da poliçedeki el yazısıyla imzaya ilişkin hükümler uygulanacaktır (TTK m. 730/XIX). Bu durumda, TTK'ndaki söz konusu hükümler değişmedikçe, kambiyo senetlerinin elektronik yolla imzalanması mümkün gözükmemektedir⁵⁸.

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, elektronik ortamda oluşturulan verilerin kesin delil (senet) sayılabilmesi için, güvenli elektronik imza ile imzalanmış olması gerekmektedir. Güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza

⁵⁵ Şenocak, s. 128.

⁵⁶ Örneğin, noterler veya resmi memurlar tarafından düzenlenmesi gereken, taşınmaz mülkiyetinin naklindeki veya evlilik ilişkisini kuran sözleşmeler gibi (Keser Berber - İmzalıyorum O Halde Varım, s. 545).

⁵⁷ Yıldırım/Pürselim, s. 1108.

⁵⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 354; Erturgut, s. 124.

sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır (EİK m. 4). Elektronik imzanın, güvenli elektronik imza niteliği kazanabilmesi için, Kanun çerçevesinde kurulmuş bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı⁵⁹ tarafından oluşturulan nitelikli elektronik sertifikanın varlığı gerekir (EİK m. 8 vd.).

Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar⁶⁰. Elektronik belgeler ise belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilir (HMK m. 219).

Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler (HMK m. 205/III). Bir başka ifadeyle, kağıda yazılı senetlerden farklı olarak mahkemeye elektronik imzalı belgeyi inceleme yükümlülüğü getirilmiştir. Tarafların bu konuda bir itirazlarının olmaması durumu değiştirmeyecektir. Aksi bir durumda, tarafların ibraz ettikleri her türlü elektronik belgenin mahkemece senet olarak kabul edilmesi sonucu ile karşılaşılabılır.

Güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur (HMK m. 210).

III. Güvenli Elektronik İmza ile İmzalanmamış Elektronik Belgelerin Diğer İspat Kuralları Bakımından Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Türk Hukukunda, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile güvenli elektronik imza ile imzalanmış verilerin senet hükmünde olduğu düzenlenmiştir (EİK m. 23). Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgeler dışındaki elektronik belgelerin ispat gücü bakımından, diğer ispat kurallarından yararlanması gerekmektedir⁶¹.

Belge ile senedin ayrılması hem kavramsal hem de hukukî anlamda önemlidir. Her şeyden önce, "belge" genel anlamda bir bilgiyi taşımaya elverişli ortamı ya da şeyi ifade etmektedir. Şüphesiz her bilgi taşıyıcının delil olarak bir değeri vardır; ancak, o bilginin ne kadar güvenli taşındığı ve kesinliği ile bağlantılı şekilde, delil olarak kullanılırken farklı kuvvette olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, örneğin altı imzalanmış kağıt üstündeki bir metin, yazı veya imzası inkâr edilmedikçe senet olarak kesin delil niteliğine sahiptir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik ortamdaki veriler ise, doğrudan senet olmamakla birlikte, senet kuvvetindedir.

Kanun koyucunun, senet dışında da delil olarak kabul ettiği belgeler mevcuttur. Örneğin, delil başlangıcı niteliği itibarıyla bir belgedir; ancak, Kanunda kabul edilen şekliyle senet değildir. Bunun dışında, elektronik ortamda oluşturulan veriler de genel

⁵⁹ Şu anda aktif olarak çalışan dört adet elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı vardır. Bunlar, 24.06.2005 tarihinde faaliyete başlayan Elektronik Bilgi Güvenliği AŞ, 30.06.2005 tarihinde faaliyete başlayan TUBİTAK-UEKAE, 16.07.2005 tarihinde faaliyete başlayan TürkTrust Bilgi, İletişim ve Bilişim Güvenliği Hizmetleri AŞ, 01.09.2006 tarihinde faaliyete başlayan EBG Bilişim Teknolojileri ve Hizmetleri AŞ'dir.

⁶⁰ Göksu, s. 73-76.

⁶¹ Yıldırım/Pürselim, s. 1111.

anlamda belgedir; ancak, senet sayılmamaktadır. İspat hukukumuz açısından elektronik ortamda oluşturulan verilerin tamamı değil bir kısmı (güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler) senet hükmünde kabul edilmiştir. Dikkat edilirse, bu tür elektronik belgeler dahi teknik anlamda senet değil, senet hükmündedir⁶².

b. Delil Başlangıcı

Senetle ispatı gereken bir hukukî işlem hakkında, eğer delil başlangıcı varsa, tanık da dinlenerek söz konusu hukukî işlem ispat edilebilir⁶³. Hâkim, hem delil başlangıcını hem de dinlenen tanığın ifadesini veya diğer takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek bir karar verecektir⁶⁴. HMK m. 202 uyarınca, bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için taşıması gereken unsurlar şunlardır:

- Bir belge olmalı,
- Belge iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel göstermeli,
- Belge kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olmalıdır.

Güvenli elektronik imza dışında kalan elektronik imzalı belgeler için, 1086 sayılı HUMK’nda yer verilen “yazılı delil başlangıcına” ilişkin hükmün uygulanması bakımından, yazılılık kavramının geniş yorumlanarak⁶⁵, elektronik belgelerin bu hükme göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁶. Hâkimin, yazılı delil başlangıcını diğer deliller ile birlikte değerlendirebileceği ifade edilmiştir⁶⁷.

Elektronik imzalı belgelerde, kişinin kimliğini tespit etmek için, sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından ortaya konmuş bir sertifika varsa ve bu sertifikanın kontrol edilmesi mümkün ise, ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından gönderilmiş olma unsuru bakımından bir inceleme yapılabilecektir⁶⁸. Belgenin içeriğinin değiştirilmediği konusunda da bir inceleme gerekmektedir. Bu şekilde yapılan

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Genel Gerekeç.

⁶³ Konuralp, H.: Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, s. 58.

⁶⁴ Pekcanitez, s. 411.

⁶⁵ 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 14/II uyarınca, Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

⁶⁶ Erturgut, s. 256; Pekcanitez, s. 415, 419.

⁶⁷ Avrupa Birliği’nde, elektronik imza ile ilgili, 13.12.1999 tarihli ve 1999/93 EG AB sayılı Elektronik İmza Yönergesi bulunmaktadır. Fransa’da, Medenî Kanun’daki ispat hukukuna ilişkin hükümler, söz konusu AB yönergesi üzerine, 13.03.2000 tarihli Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değişikliğin gerekçesinde de eski ispat hükümlerinin kağıdın ispatın tek maddi unsuru olduğu dönemlerde oluşturulduğu ve teknolojik gelişmelere ayak uydurulamadığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda Code Civil m. 1316’da “yazılı delil” tanımı değiştirilmiş ve “yazılı delil”, “üzerinde yer aldığı madde veya iletim şekli ne olursa olsun, anlaşılır bir şekilde ifade edilmiş harflerden, karakterlerden, rakamlardan veya diğer tüm işaret veya sembollerden oluşan bir ispat aracıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Böylelikle, elektronik bir belgedeki yazının kağıt üzerindeki yazı ile aynı ispat gücüne sahip olduğu benimsenmiştir. Örneğin, imzalanmamış bir e-belge, imzasız bir yazı gibidir, ispat gücü hâkimin takdirindedir ve yazılı delil başlangıcı olarak kullanılabilir (Yıldırım/Pürselim, s. 1102).

⁶⁸ Keser Berber - İmzalıyorum O Halde Varım, s. 548.

incelemelerden sonra, güvenli elektronik imza dışındaki bir imzayla oluşturulmuş belgenin delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir⁶⁹.

Elektronik imza ile imzalanmamış basit elektronik postanın, niteliği gereğince tek başına güvenilir bir kaynak olmadığı savunulmaktadır. Uygulamada basit elektronik postanın hangi kullanıcı tarafından gönderildiğinin tespiti konusunda büyük ölçüde IP kayıtlarına başvurulmaktadır. Bu nokta IP kayıtlarının düzenli olarak tutulması son derece önemlidir⁷⁰. Bununla birlikte, 6100 sayılı HMK hükümleri uyarınca, basit elektronik postanın “belge” kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği tartışmasızdır⁷¹ (HMK m. 199).

Bu doğrultuda, basit elektronik posta ile gönderilmiş irade açıklamalarının ispat hukuku bakımından taşıyabileceği anlamı ve önemi bir örnek ile değerlendirmek gerekirse; yapıldığı zamanki miktar veya değeri ikibinbeşyüz Türk Lirasından fazla olan bir hukuki işleme ilişkin (örneğin, ikimilyonbeşyüzbin Türk Lirası değerindeki bir hukuki işleme ilişkin) “ödeme vakıası” ile ilgili olarak, kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından gönderilmiş olduğu kesin olarak tespit edilebilen ve hukuki işlemi muhtemel gösteren (örneğin, yer, tarih, işlem ve miktar gibi bilgiler çerçevesinde “... ile ilgili yapılan ödeme için teşekkür ederiz.” irade açıklamasını içeren) basit elektronik posta kayıtları, delil başlangıcı olarak değerlendirilebilecek ve söz konusu ödeme vakıasına tanık olan bir tanığın ifadesi ile de desteklendiğinde ispat aracı olarak kullanılabilir, böylelikle de senetle ispat zorunluluğunu bertaraf edebilecektir.

Bununla birlikte, delil başlangıcı ister tek başına iddianın ispatına yeterli kabul edilsin, isterse tanık ifadesi veya başka delillerle desteklenerek iddiayı ispat etsin, her iki durumda da ispat kuvveti hâkimin takdirine bağlıdır⁷².

c. Keşif

Keşif, mahkemenin ispatın konusu olan vakıalar hakkında kanaat edinebileceği kişiler ve nesnelere üzerinde, kendi duyu organları ile doğrudan bilgi sahibi olmasıdır. Hâkim, uyumsuzluk konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir. Hâkim gerektiğinde bu konuda bilirkişi yardımına başvurabilir (HMK m. 288/I).

Keşif, geniş anlamda, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu vakıalarda, Kanunda düzenlenmiş bulunan deliller dışında, bir iddianın ispatı için tarafların ileri sürebilecekleri ve hâkim tarafından da caiz delil olarak değerlendirilebilecek ispat araçlarıdır⁷³.

Keşif, ispatlanacak vakıa ile ilgili delillerin hâkim tarafından veya bilirkişi aracılığıyla incelenmesi sonucu elde edilen verilerdir. Bu çerçevede, elektronik ortamda bulunan belgelerin (örneğin, bir şirketin bilgisayarında tutulan kayıtların)

⁶⁹ Erturgut, s. 257; Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 654.

⁷⁰ Göksu, s. 60-61.

⁷¹ Umar, s. 629.

⁷² Konuralp, s. 130.

⁷³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 401.

incelenmesi keşif kapsamında değerlendirilebilir⁷⁴. Güvenli elektronik imzanın unsurlarını taşımayan elektronik imzalı belgeler de takdiri delillerle ispatı mümkün olan davalarda, keşif çerçevesinde, hâkim tarafından delil olarak değerlendirilebilir⁷⁵. Ayrıca, taraflar arasında bir delil sözleşmesi yapılmış ise, keşif kapsamında, söz konusu belgeler de delil olarak değerlendirilebilecektir.

ç. Bilirkişi İncelemesi

Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz (HMK m. 266).

Hâkimin delil olarak ileri sürülen elektronik imzalı belgeleri takdir edebilmesi için, elektronik imzayı görülebilir kılan ve kontrol edilmesini sağlayabilecek, donanım ve yazılıma sahip uygun araçlara ihtiyacı vardır. Hâkimin, kural olarak, söz konusu takdiri yapabilecek gerekli teknik bilgiye ve beceriye sahip olmadığı söylenebilir⁷⁶. Bu nedenle şüpheli durumlarda mahkemece bilirkişi atanması gereklidir⁷⁷.

Bilirkişiye başvurulduktan sonra alınan rapor, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine göre değerlendirilecektir (HMK m. 198, 282). Bilirkişi raporu takdiri bir delil olduğu için, hâkimin bilirkişinin raporu ile bağlı olması söz konusu olmayacaktır. Bununla beraber, elektronik imza konusu, genel olarak, hâkimin yeterli teknik bilgiye sahip olmadığı bir alandır. Bu nedenle; örneğin, nasıl hâkim kan grubunu tespit eden bilirkişinin raporundaki verinin aksine olarak, raporda belirtilen kan grubundan farklı bir kan grubunu, hiçbir gerekçe göstermeden kararına esas alamazsa⁷⁸, elektronik imza bakımından da aynı sonuca varabiliriz. Hâkim, eğer bilirkişinin elektronik imza hakkındaki raporuna güvenmiyor veya bu rapordan yeterli kanaate sahip olamamışsa, yeni bir bilirkişi atanması ve yeni bir rapor alınması gerekebilir⁷⁹. Hâkim, bilirkişi raporu ile bağlı değildir; ancak, teknik bilgiye ihtiyaç duyulan konularda, eğer hâkim söz konusu bilgiye sahip değilse, bilirkişiye başvurması gerekliliği kanun gereğidir⁸⁰ (HMK m. 266).

d. Delil Sözleşmesi

Medenî usûl hukukumuzda, kural olarak, Kanunun belli bir delil ile ispatını aradığı vakıaların başka delillerle ispatı mümkün değildir (HMK m. 189/III). Bu durum, kanunî delil sisteminin bir sonucudur. Bununla beraber, taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle

⁷⁴ Yıldırım/Pürselim, s. 1111.

⁷⁵ Keser Berber - İmzalıyorum O Halde Varım, s. 548; Pekcanitez, s. 424.

⁷⁶ Yıldırım/Pürselim, s. 1112.

⁷⁷ Erturgut, s. 262; Keser Berber - Dijital İmza, s. 210.

⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 531.

⁷⁹ "HUMK'nun 286. maddesi uyarınca bilirkişinin oy ve görüşü hâkimi bağlamazsa da bu tür haller hâkimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi usûle uygun düşmez. Bilirkişi raporu yeterli değilse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı veya bilirkişiden açıklık olmayan konularda ek ve tamamlayıcı görüş alınarak uyuşmazlık çözümlenmelidir." 19. HD., 10.03.2005, 13373/2443 (YKD 2005/7, s. 1051).

⁸⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 389-390.

ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle de ispatını kararlaştırabilecekleri gibi⁸¹; belirli delillerle ispatı öngörülmeleyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler⁸² (HMK m. 193/I). Ancak, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir (HMK m. 193/II). Söz konusu düzenlemeler, hukukumuzda delil sözleşmelerinin geçerli sayılacağına ilişkin temel hükümlerdir.

Taraflar elektronik imzalı belgelerin ileride çıkacak uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmasını kararlaştırmışlarsa, delil sözleşmesinin niteliğine göre; sadece elektronik imzalı belgeler ile ispat söz konusu olabileceği gibi, Kanunda caiz olan diğer deliller yanında elektronik imzalı belgeler de uyuşmazlığın ispatında hâkim tarafından delil olarak değerlendirilebilir⁸³. Eğer elektronik imzalı belge, güvenli elektronik imzanın unsurlarını taşııyorsa; bu durumda, elektronik imzalı belgenin ikibinbeşyüz TL'ni geçen bir hukukî işlemin ispatında delil olarak kullanabilmesi için tarafların delil sözleşmesi yapmış olması gerekmektedir⁸⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre⁸⁵, tarafların delil sözleşmesi ile kesin delil kararlaştırmaları mümkündür. Taraflar, delil sözleşmeleri ve hakem-bilirkişi sözleşmeleri⁸⁶ ile hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi yetkisine müdahalede bulunmakta ve sınırlandırmaktadır. Bizim de katılmakta olduğumuz diğer bir görüşe göre ise, hâkimin takdir yetkisini, genel olarak, ortadan kaldıran bir delil sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Zira, hâkim delilleri takdir yetkisini HMK m. 198'den almaktadır. Bu nedenle taraflarca kesin delil oluşturulamaz. Taraflar delil sözleşmesi ile sadece hangi uyuşmazlıklarda hangi delilin kullanılacağını; bir başka ifadeyle, elektronik belgelerin hâkim tarafından sadece "caiz delil" olarak değerlendirmeye alınacağını belirleyebilirler⁸⁷.

Delil sözleşmesine dayanarak, elektronik imzalı belgeyi yargılamada delil olarak kullanmak isteyen taraf, delil sözleşmesini ispatlamalıdır (TMK m. 6; HMK m. 190). Delil sözleşmesinin ispatı konusu, sözleşmenin şekli ile yakından ilgilidir. Delil sözleşmesinin, kural olarak, yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Bu bir ispat şartıdır. Bunun dışındaki durumlarda delil sözleşmesine dayanılabilmesi için, karşı tarafın mahkeme önündeki beyanı (ikrar veya sözlü irade açıklaması) ve bu beyanın mahkeme tutanağına geçirilerek imzalanması gerekmektedir⁸⁸.

Taraflar, yargılamadan önce aralarında elektronik ortamda haberleşmiş ve yine elektronik ortamda sözleşme yapmış olabilirler. Böyle bir durumda, elektronik ortamda akdedilen bir sözleşmede kararlaştırılan bir delil sözleşmesi varsa, delil sözleşmesinin geçerliliği bakımından, elektronik belgenin imza unsuru ve yazılılık

⁸¹ Burada "münhasır olmayan delil sözleşmesi" söz konusudur.

⁸² Burada "münhasır delil sözleşmesi" söz konusudur.

⁸³ Keser Berber - İmzalıyorum O Halde Varım, s. 549; Yıldırım/Pürselim, s. 1111.

⁸⁴ Erturgut, s. 271-272; Keser Berber - Dijital İmza, s. 211.

⁸⁵ Taşpınar, S.: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 196.

⁸⁶ Hakem-bilirkişi raporunun hak ve nesafete aykırı olması durumunda, taraflarca bu raporun iptali istenebilir. Raporun iptali mümkün olduğu için, kesin delilin varlığından söz edilmemelidir (Pekcanitez, s. 421, dn. 133).

⁸⁷ Erturgut, s. 272-273.

⁸⁸ Taşpınar, s. 196.

unsurunun mahkemece değerlendirilmesi gerekir. Delil sözleşmesi de tarafların imzasını gerektirir. Elektronik ortamda bulunan delil sözleşmesindeki imzanın niteliğinin de tartışılması gerekir. Ancak burada asıl üzerinde durulması gereken konu, elektronik ortamda bulunan delil sözleşmesinin, her durumda yazılılık unsurunu karşılamadığıdır. Delil sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması tercih edilmişse, bunun kağıt üzerinde ve tarafların el ile atılmış imzalarını taşıyan bir sözleşme olarak yapılmış olması gerekir. Aksi bir durumda delil sözleşmesinin mahkeme önünde ispatı gerçekleşmeyecek ve delil sözleşmesinin ispat edilememesi durumunda, elektronik imzalı belgelerin, delil sözleşmesine dayanarak, taraflar arasındaki uyumsuzlukta delil olarak kullanılması, kesin delil ile ispat kuralları gereğince mümkün olmayacaktır⁸⁹.

Delil sözleşmesinin ispatı yazılı şekil ile mümkün olabileceği gibi, daha önceden yapılmış olan sözleşmenin mahkemede ikrar edilmesi de mümkündür. Delil sözleşmesinin ikrarı bir tutanak ile tespit edilecektir. Delil sözleşmesinin ikrarında, daha önceden yapılmış bir usûli sözleşme vardır. Delil sözleşmesinin ikrarının tutanağa geçirilmesinin nedeni, usûl işlemlerinde uyulması gereken yazılılık ilkesidir⁹⁰. Taraflar, ileride çıkacak uyumsuzluklarda elektronik belgelerin yargılamada delil olarak kullanılacağını kararlaştırmışlar; ancak, bunu yazılı şekilde ispat etmemişlerse, söz konusu usûli sözleşmenin ikrarı ile elektronik belgelerin delil olarak kullanılması mümkün olabilecektir⁹¹.

e. İlk Görünüş İspatı

İlk görünüş ispatının esası, nitelikli (kuvvetli) bir emare ispatına dayanır⁹². Doktrinde kabul edilmiş ve özellikle yabancı mahkeme kararları ile geliştirilmiştir. İlk görünüş ispatında, emare ispatından farklı olarak, olayların tipik akışı hakkında ilk bakışta belirli bir kanaat oluşturmak mümkündür. Emare ispatında olduğu gibi tam ispatın mümkün olmadığı davalarda uygulama alanı bulan ilk görünüş ispatı, yüksek tecrübe kurallarının varlığını gerektirmektedir. İlk görünüş ispatı, tecrübe kurallarına dayandırılan tipik hayat olaylarının, genel olarak, somut olayda da aynı şekilde gerçekleştiğinin kabulüne dayanmaktadır. Emare vakıa ile ispatı gereken koşul vakıa arasında hayat tecrübesi kuralları çerçevesinde oldukça sıkı bir sebep sonuç ilişkisi kurulabilmektedir⁹³. İlk görünüş ispatı, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilebilir⁹⁴.

Günlük hayat tecrübelerine dayanarak kontrol edilen elektronik imzalı bir belgenin değiştirilmediği ve imzalayanın kimliğinin doğruluğu, doğru bir kontrol sonucunda haklı çıkarılabiliyorsa, ilk görünüş ispatı uygulama alanı bulabilir. Elektronik imzalı belgeyi delil olarak ibraz eden ve lehine hak çıkaran taraf, böyle bir tecrübe kuralı bulunduğu konusunda mahkemeyi ikna etmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir konu da elektronik imza hakkında oluşturulacak tecrübe

⁸⁹ Erturgut, s. 276-277.

⁹⁰ Taşpınar, s. 195.

⁹¹ Erturgut, s. 278.

⁹² Atalay, O.: Emare İspatı, ManBD 1999, S. 70, s. 13.

⁹³ Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 463.

⁹⁴ Keser Berber, L.: İlk Görünüş İspatı, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s. 232. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

kuralları bakımından, her yeni imza versiyonunda ayrı ve yeni bir tecrübe kuralına gereksinim duyulacağıdır⁹⁵.

Bizim hukuk pratiğimizde ise, güvenli elektronik imza ile oluşturulanlar dışında kalan elektronik imzalı belgeler bakımından, şu an için ilk görünüş ispatının uygulama alanı bulmasının mümkün olamayacağını söyleyebiliriz. Zira, elektronik imzalı belgeler bakımından, hayatın tipik akışının söz konusu olduğuna ilişkin tecrübe kuralları henüz oluşmamıştır.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 205/II maddesine göre, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Elektronik imzalı belgenin senet olarak değerlendirilmesi için belgenin oluşturulduğu elektronik imzanın türü önemlidir. Bu sebeple elektronik imzanın türü, mahkeme tarafından re'sen incelenmelidir. Elektronik İmza Kanunu'nda, sadece güvenli elektronik imza ile oluşturulan verilerin senet hükmünde olduğu düzenlendiğinden, mahkemenin ibraz edilen elektronik imzalı belgeyi senet olarak nitelendirebilmesi için imzanın niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Tarafların bu konuda itirazlarının olup olmaması önemli değildir.

Güvenli elektronik imza dışında kalan elektronik imzalı belgeler senet niteliğinde değerlendirilemez; ancak, delil başlangıcı olarak değerlendirilebilir. Senetle ispatı gereken bir hukukî işlem hakkında, eğer delil başlangıcı varsa, tanık da dinlenerek söz konusu hukukî işlem ispat edilebilir.

Keşif, ispatlanacak vakıa ile ilgili delillerin hâkim tarafından veya bilirkişi aracılığıyla incelenmesi sonucu elde edilen verilerdir. Bu çerçevede, elektronik ortamda bulunan belgelerin (örneğin, bir şirketin bilgisayarında tutulan kayıtların) incelenmesi keşif kapsamında değerlendirilebilir.

Hâkimin delil olarak ileri sürülen elektronik imzalı belgeleri takdir edebilmesi için, elektronik imzayı görülebilir kılan ve kontrol edilmesini sağlayabilecek, donanım ve yazılıma sahip uygun araçlara ihtiyacı vardır. Hâkimin, kural olarak, söz konusu takdiri yapabilecek gerekli teknik bilgiye ve beceriye sahip olmadığı söylenebilir. Bu nedenle şüpheli durumlarda mahkemece bilirkişi atanması gereklidir.

Taraflar elektronik imzalı belgelerin ileride çıkacak uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmasını kararlaştırmışlarsa, delil sözleşmesinin niteliğine göre; sadece elektronik imzalı belgeler ile ispat söz konusu olabileceği gibi, Kanunda caiz olan diğer deliller yanında elektronik imzalı belgeler de uyuşmazlığın ispatında hâkim tarafından delil olarak değerlendirilebilir.

İlk görünüş ispatı bakımından ise, hayatın tipik akışının söz konusu olduğuna ilişkin tecrübe kuralları henüz bu alanda oluşmadığından, güvenli elektronik imza ile oluşturulanlar dışında kalan elektronik imzalı belgeler bakımından, şu an için ilk görünüş ispatının uygulama alanı bulmasının mümkün olamayacağını söyleyebiliriz.

⁹⁵ Erturgut, s. 281-282.

KAYNAKÇA

Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, B. 6, İstanbul 2006.

Atalay, O.: Emare İspatı, ManBD 1999, S. 70, s. 7-22.

Doğangün, Temel: Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

Erturgut, Mine: Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.

Göksu, M.: Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011.

Gökyayla, K. Emre: Telefaks Metinleriyle İspat, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 155-172.

Keser Berber, Leyla: "İmzalıyorum O Halde Varım" Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukukî Değeri, TBBD 2000, S. 2, s. 503-556 (Keser Berber - İmzalıyorum O Halde Varım).

Keser Berber, Leyla: İlk Görünüş İspatı, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 231-250.

Keser Berber, L.: İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002 (Keser Berber – Dijital İmza).

Keser Berber, L./Lostar, M.: Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Ankara 2006.

Konuralp, Halûk: Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988.

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, B. 15, İstanbul 2007.

Orta, Mesut: Ulusal Yargı Ağı Projesinde Elektronik İmza, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Noterlik Hukuku Sempozyumu VII, Ankara 2001, s. 159-174.

Pekcanıtez, Hakan: Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s. 389-427.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, B. 11, Ankara 2011.

Şenocak, Zarife: Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması, AÜHFD 2001, C. 50, S. 1, s. 97-135.

Taşpınar, Sema: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Türkçe Sözlük: Türk Dil Kurumu, Ankara 2005.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

Yıldırım, M. Kâmil: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi).

Yıldırım, M. Kâmil: Senetle İspat Kuralının Türk Medenî Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, B. 5, İstanbul 2006, s. 104-125.

Yıldırım, M.K./Pürselim, H.S.: Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri, İBD 2005, C. 79, S. 4, s. 1097-1114.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA VERGİLENDİRMEDE SOSYAL DEVLET İLKESİ

(SOCIAL STATE PRINCIPLE OF TAXATION IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL
COURT RULINGS)

Araş. Gör. / Res. Asst. Bahar KONUK*

ÖZET

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerinden biri de sosyal devlet ilkesidir. Sosyal devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlama amacına ulaşmak için kullandığı araçların başında vergilendirme gelir. Sosyal devletin vergilendirme alanındaki görünümü olan vergi yükünün adil ve dengeli dağılımı, vergilendirmede genellik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkelerinin sağlanmasıyla söz konusu olabilir. Çalışmamızda sosyal devlet ilkesini somutlaştıran söz konusu ilkeler Anayasa Mahkemesi Kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal devlet, vergilendirme yetkisi, vergilendirmede genellik ilkesi, vergilendirmede eşitlik ilkesi, mali güce göre vergilendirme ilkesi.

ABSTRACT

The second article of The Constitution of 1982 recognizes social state principle as one of the characteristics of Turkish Republic. Taxation is one of the main tools to reach the aim of the social state, to provide social welfare and social justice. Burden of tax could only be meaningful if it has an equitable, and balanced distribution and it is the same burden which the social state constructs its basis on such principles as universality and equality. Our study aims to analyse decisions of Constitutional Court in the light of aforementioned principles which empower the idea of social state.

Keywords: Social state, taxation power, principle of universality of taxation, principle of equality of taxation, principle of equitable and balanced distribution of tax burden.

GİRİŞ

18. yüzyıl, Avrupa toplumlarının ekonomik ve siyasi düzenlerini derinden etkileyen iki önemli olaya sahne olmuştur; ticaret sermayesinin sanayi sermayesine dönüşmesi ile üretim teknolojisinde gerçekleşen sanayi devrimi ve yeni sosyal sınıfın burjuvazinin ekonomik çıkarlarına uygun olarak üretim ve ticaret özgürlüğünü getiren 1789 Fransız Devrimi. Bu iki önemli olayla başlayan değişim süreci içerisinde, liberal devlet sisteminin ekonomik alandaki ifadesi olan, devlet kontrolünden uzak kendi kurallarına göre işlemeye bırakılan piyasa ekonomisi, sanayileşmenin büyük ölçüde gerçekleşmesini sağlamış fakat ağır sosyal sorunları, gelir ve servet eşitsizliklerini ve sınıf çatışmalarını beraberinde getirmiştir. Kitleleşen örgütlenmelerin artışı, proleterleşme süreçleri ve gelinen noktada varolan ekonomik eşitsizlik hali 1848 devrimlerine yol

açmış, sonrasında emekçi sınıf mücadelesinin artması ve 1917 Bolşevik devriminin yarattığı korku, liberalizmin klasik jandarma devlet anlayışının terk edilerek, sosyal bir takım tedbirler alınmaya başlanmasını sağlamıştır. Aristokratlar ve burjuva sınıfına mensuplar arasında salt yasalar önünde eşitlik öngören şekli anlamda eşitlik anlayışına sosyal anlamda eşitlik anlayışı dahil edilmeye başlanmış, bu suretle sınıf çatışmalarının yumuşatılması yoluna gidilmiştir. Liberal devlet sisteminin geline nokta kendini devam ettirme yolundaki dönüşümü olan sosyal devlet sistemi, temelde kapitalist güdümlü sanayileşmenin doğurduğu eşitsizliklere karşı gelişen tepkilerin bir ürünüdür.

Sosyal devletinde sisteminde devlet, toplumsal eşitsizliklerin ortadan kaldırılması ve kişilere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam standardı sunmak amacıyla toplumsal ve ekonomik yaşama müdahale eder. Sosyal devletin amaçlarına ulaşmak için kullandığı araçların başında vergilendirme gelir. Devlet, vergi toplayarak ve bu vergileri kamu giderleri şeklinde harcayarak ekonomiye müdahale eder ve gelir dağılımında önemli rol oynar. Vergilendirme yetkisinin kullanımı yoluyla kişilerin gelirleri azalırken, kamu harcamaları yoluyla da artırılır. Böylece vergi sistemi, vergilerin toplanma şekli ve kamu gelirlerinin harcanma şekli toplumsal bölüşüm ilişkileri ve gelir dağılımı üzerinde etkili olur. Bu nedenle, sosyal devlet sisteminin öngördüğü sosyal ve toplumsal adalet, vergi yükünün adil ve dengeli dağılımının sağlanmasını gerektirir. Sosyal devlet sisteminin vergilendirme alanındaki görünümü olan vergi yükünün adil ve dengeli dağılımı, vergilendirmede genellik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkelerinin sağlanmasıyla söz konusu olabilecektir.

Bu çalışmanın amacı, Anayasa'da "sosyal hukuk devleti" olarak ifade edilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde vergilendirme yetkisinin kullanılmasında sosyal devlet ilkesini somutlaştıran ilkelerin Anayasa Mahkemesi Kararları ışığında değerlendirilmesidir. Hal böyleyken, çalışmanın 2. bölümünde genellik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Sosyal devlet sisteminin temel özellikleri ve vergilendirme yetkisinin sosyal devlet sistemindeki yeri irdelenmeden bu ilkelerin tam olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesiyle 1. bölümde sosyal devlet sisteminin temel özellikleri, sosyal devletin hukuk devleti ve vergilendirme yetkisiyle olan ilişkisine yer verilmiştir. Çalışmanın son bölümünde ise vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasında sosyal devlet ilkesinin hukuki değeri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN SOSYAL DEVLET SİSTEMİNDEKİ YERİ

A. Genel Açıklama

Sosyal devlet sistemine ilişkin öğretide yer verilen tanımlar sosyal devletin amaçları ya da araçları üzerinden yapılmakta, bunun sonucunda da genel kabul gören kesin bir tanıma ulaşmak mümkün olamamaktadır¹. Anayasa'nın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan sosyal devlet, Anayasa Mahkemesi'nce "İnsan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: bahar_konuk@hotmail.com

¹ İzveren, s. 39-40, Aldıkaçtı, s. 83, Luchaire, s. 328-329, Özbudun, s. 135.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.” şeklinde tanımlanmıştır².

En geniş anlamda, temelde 20. yüzyılın toplumlarının yeni sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını temel hak ve özgürlükler düzeni içerisinde karşılamının amaçlandığı, liberal devlet sisteminin bir aşaması olarak tanımlanabilecek olan sosyal devletin³ ana karakterini dört temel unsur oluşturmaktadır; Saptama, değer yargısı, amaç, yapma ve tutum⁴. Saptama eşitsizliklerle ilgilidir. Sosyal devlet, toplumsal eşitsizliklerin bilincinde olan devlettir. Bununla birlikte toplumsal eşitsizliklerin, bir başka deyişle doğrudan kişiden kaynaklanmayan eşitsizliklerin adaletsizliğe sebep olacağına dair bir değer yargısına sahiptir. Sosyal devletin amacı bu eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve kişilere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam standardını sağlamaktır. Sosyal devlet, bu amaca ulaşmak için eyleme geçer, ekonomik ve toplumsal yaşama yer yer müdahalelerde bulunur.

B. Sosyal Devlet Sisteminin Temel Özellikleri

18. yüzyılın ortalarına kadar Avrupa’da hakim ekonomik sistem olan merkantilizm, milletlerin zenginleşmesini mümkün olduğu kadar altın ve gümüş gibi değerli madenlerin toplanmasında ve bunların ülke dışına çıkmasının önlenmesinde gören, bunu gerçekleştirmek amacıyla geniş ölçüde müdahale ve güdümlü bir ekonomik siyaset öngören bir sistemdir⁵. Merkantilizmin teorik görüşlerine ve ekonomik yaşama getirdiği kısıtlamalara duyulan tepki, 18. yüzyılın ortalarından itibaren Fransa’da fizyokratik ekonomi doktrinin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁶.

İlerleyen zamanlarda Adam Smith, David Ricardo gibi farklı düşünürler tarafından metafizik unsurlardan arındırılarak geliştirilecek ve klasik liberal sistemin ana savunusu haline gelecek olan bu doktrinin hareket noktası, tüm ekonomik ve toplumsal yapılanmaya hakim olduklarına inandıkları “doğal düzen” anlayışıdır⁷. Buna göre; dışarıdan hiç müdahale edilmediği ve insanlar ekonomik faaliyetlerinde tamamen serbest bırakıldığı takdirde mükemmel bir biçimde işleyecek olan doğal düzen, kanun koyucu tarafından öngörülecek yapay düzenlerden her bakımdan üstündür. Bunun ön şartı, herkese kendi menfaatini gerçekleştirmek konusunda tam bir özgürlük tanınması ve devletin mülkiyet hakkını korumaktan başka hiçbir işe karışmamasıdır⁸. Özel mül-

²AYMK 18.02.1985 gün ve E. 1984/9 K. 1985/4. Erişim Tarihi : 17.10.2011 Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=706&content=.

³Göze, s. 158, İzveren, s. 37, Gören, s. 96-97.

⁴Luchaire, s. 346.

⁵Daver, s. 159, Kapani, s. 198, Savaş, s. 225.

⁶Göze, s. 67, Kapani, s. 198.

⁷Kapani, s. 198, Daver, s. 157, Savaş, s. 227, Galbraith, s. 55.

⁸Göze, s. 77, Kapani, s. 198, Daver, s. 157, Savaş, s. 227, Galbraith, s. 55.

kiyet, bireyin varlığını belirlediği için gereklidir, ayrıca her insan kendi kişisel menfaatlerinin bilincindedir ve bu bilinç doğal düzene uygun davranmayı sağlar. Böylece ekonomik sistemin temelini kişisel menfaatler oluşturur⁹. Devletin ekonomik hayatın dışında kalması temel ilkedir. Devlet ekonomik sorunların dışında kaldığı gibi, sosyal sorunlarla da ilgilenmeyecek, ekonomik ve sosyal hayat kendi yapısına uygun olarak düzenli ve dengeli bir biçimde gelişecektir¹⁰. Liberal sistemde devletin varlığı hukuki ve siyasi bir yapılanma olarak gereklidir çünkü bireylerin can ve mal güvenliğini sağlayacak ve özel mülkiyet hakkını haksız saldırılara karşı koruyacaktır. Bu anlamda, temel özellikleri kişisel menfaat, kar amacı, girişim özgürlüğü ve rekabet esasları olan liberal sistemde devlet “jandarma devlet” olmalı ekonomik ve sosyal hayatın işleyişine karışmamalıdır¹¹.

Sosyal devlet sisteminde de ekonomik düzen, liberal devlet sisteminde olduğu gibi piyasa ekonomisine dayanır. Özel mülkiyet hakkı, girişim ve ticaret özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, miras hakkı, özel teşebbüslerin varlığı kanunlarla güvence altına alınmıştır. Ancak sosyal devlet sistemini liberal devlet sisteminden ayıran taraf, sosyal devlet sisteminde devletin belirli şartlar ve hedefler doğrultusunda bu alanlara müdahalesinin mümkün olmasıdır¹². Sosyal devlet sisteminde devlet, liberal devlet sistemi ile bağdaşmayacak ekonomik faaliyet ve müdahalelerde bulunabilir çünkü sosyal devlet sisteminde devlet öncelikle toplumun sosyal ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlüdür¹³.

Sosyal devlet sisteminde devlet, toplumun sosyal ihtiyaçlarını kamu hizmetleri ile karşılar. Liberal devlet sisteminde olduğu gibi sosyal devlet sisteminde de öncelikli kamu hizmeti toplumda düzenin, iç ve dış güvenliğin sağlanmasıdır¹⁴. Bunun yanı sıra sosyal devlet, toplum sağlığının korunması, sosyal güvenlik ve sosyal yardımın sağlanması, genel ve mesleki eğitim olanaklarının yaygınlaştırılması... gibi “insan onuruna yaraşır bir yaşamı güvence altına almak” için gerekli hizmetleri üzerine almıştır¹⁵. Anayasa Mahkemesi de 90/35 Esas Sayılı Kararı’nda “Devlet vatandaşlarına insanca yaşama koşullarını sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracak, ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Ferdin temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak sosyal devletin görevidir.” diyerek sosyal devletin insan onuruna yaraşır bir yaşamı güvence altına alma yükümlülüğünün altını çizmektedir¹⁶.

Sosyal devlet sisteminde mevcut sosyal amaçların gerçekleştirilebilmesi için devletin çeşitli kamu hizmetlerini yüklenmesi yeterli değildir, ülkenin ekonomik geli-

⁹ Savaş, s. 228.

¹⁰ Göze, s. 77.

¹¹ Göze, s. 77, Daver, s. 157, Özbudun, s. 136.

¹² Göze, s. 90, Luchaire, s. 346, Özbudun, s. 135-136.

¹³ Göze, s. 91, İzveren, s. 41-42, Aldıkaçtı, s. 84, Luchaire, s. 333-336, Gören, s. 100.

¹⁴ Göze, s. 90-91.

¹⁵ Göze, s. 118-119, Aldıkaçtı, s. 84-85, Gören, s. 100.

¹⁶ AYMK gün 06.06.1991 ve E. 1990/35 K. 1991/13. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=938&content=. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

şiminin sağlanması için de çeşitli tedbirleri alması gerekir¹⁷. Kaynaklardan en verimli biçimde yararlanılmasının sağlanması, ulusal gelir artışı sağlayacak tedbirlerin alınması, işsizlikle mücadele, ulusal gelirin sosyal yönden adil dağılımı ve üretimi artırarak ülkede yaşam standartlarının yükseltilmesi sistemin ekonomik hedeflerindedir. Sosyal devlet sisteminde devlet, söz konusu hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik müdahale ve tedbirlere başvurmanın yanı sıra özel teşebbüslerin faaliyetlerini de denetler¹⁸.

Gerek ekonomik müdahale ve tedbirlerin, gerekse özel teşebbüslerin faaliyetleri üzerindeki denetimin olumlu sonuçlar doğurabilmesi için devletin belli bir plan dahilinde hareket etmesi gerekir. Sosyal devlet sisteminde planlama, devletin ekonomik hayata müdahalesinin sistemli, akılcı, tutarlı ve bilimsel bir biçimde yapılmasının aracıdır¹⁹. Plan ile ekonomik ihtiyaçlar, hedefler ve kaynaklar belirlenecek, kaynakların ihtiyaçlara cevap verecek biçimde kullanılması ve belirlenen esaslara uygun hareket edilmesi sağlanacaktır²⁰.

C. Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti Arasındaki İlişki

Sosyal devlet aynı zamanda bir hukuk devletidir²¹. Hukuk devleti, “bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun yürütüldüğü, devletin bütün organ ve kurumlarının her türlü faaliyetlerinde kendilerini hukuk kurallarıyla bağlı saydığı” devlet anlamına gelir²². Esas itibarıyla hukuk devleti ve sosyal devlet kavramları birbirlerine zıt öğeler barındırır²³. Nitekim hukuk devleti burjuva toplumunun devlete karşı, sosyal devlet ise endüstri toplumunun devlet için mücadelesinden doğmuştur. Hukuk devletinin öncelikli koruma değerleri bireylerin hayatının, özgürlüklerinin ve mülkiyet hakkının korunmasıyken sosyal devlet, sosyal bakımdan güçsüz olan bireylerin haklarının korunmasına, tam istihdamın ve çalışma gücünün teminat altına alınmasına hizmet eder. İşte bu noktada her iki kavram arasında devletin müdahalesine yaklaşım açısından farklılık baş göstermektedir. Zira, hukuk devleti özgürlüklere yapılan her türlü müdahalenin sınırlandırılmasından yanayken, sosyal devlet kendi koruma değerlerinin teminat altına alınabilmesi için gerekli hallerde devlet müdahalesinde yanadır²⁴. Hukuk devletinin amacı toplumu devlete karşı korumakken, sosyal devlet toplumun devlet tarafından korunması amacını güder²⁵.

Hukuk devleti ile sosyal devlet kavramlarının eşitlik anlayışları da farklılık gösterir. Hukuk devletinin eşitlik anlayışı “kanun önünde eşitlik” veya “yatay eşitlik” iken

¹⁷ Göze, s. 92.

¹⁸ Göze, s. 96, Özbudun, s. 136.

¹⁹ Göze, s. 94-96, Çağan (Sosyal Hukuk Devleti), s. 146-147, Tan (Planlama), s. 45-46, s. Özbudun, s. 146-147.

²⁰ Göze, s. 96.

²¹ Huber, s. 28, Çağan, s. 190, Gören, s. 131.

²² AYMK 27.09.1988 gün ve 27.09.1988 gün E. 1988/7 K. 1988/27. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=814&content=

²³ Huber, s. 46, Karakoç, s. 343, Gören, s. 129-1333.

²⁴ Huber, s. 46.

²⁵ Huber, s. 28, Gören, s. 122.

sosyal devlet, “dikey eşitlik” anlayışını benimser²⁶. Yatay eşitlik anlayışının hareket noktası “eşitlik karinesidir”. Bu karineye göre farklı şekilde davranmak için geçerli bir neden bulunmadıkça herkese eşit davranılmalı ve farklı uygulamalar, dikkate alınan farklılıkların söz konusu işlemle ilişkisinin veya işlem için uygunluğunun bu işlemden sorumlu kişi veya makamlar tarafından kanıtlanması suretiyle meşrulaştırılmalıdır²⁷. Dikey eşitlik anlayışı ise bireyler arasındaki farklılıkların yapısal nedenlerini ve emellerini ortaya koymaya çalışır. Özellikle, toplumsal nedenlerden ötürü geride bırakılmış ve bu anlamda mağdur edilmiş grupların diğerleriyle eşit bir düzeyde rekabet edemeyeceğinin altını çizir²⁸.

Dikey eşitlik anlayışına göre eşitlikten söz edilebilmek için, kişilerin eşit veya benzer uygulamalara tabi tutulmaları gerekli değildir. Aksine bu durumun, kişiler arasında eşitsizliğe yol açabileceği kabul edilir²⁹. Temel düşünce, kişilerin yarışa farklı yerlerden başladığı süreçte gerçek eşitliğin sağlanamayacağıdır. Dolayısıyla amaç, gerekli bir takım eylemlerde bulunmak veya önlemleri almak suretiyle başlangıç noktasında eşitliği sağlamaktır³⁰. Burada asıl olarak, geçmişten gelen bir kısım farklılıkların sebep olduğu mağduriyetlerin ortadan kaldırılması suretiyle fırsatlarda eşitliğin sağlanması söz konusudur.

Her ne kadar, hukuk devleti ile sosyal devlet kavramları yukarıda ifade edilme-ye çalışılan nedenlerle bir arada bulunamaz gibi gözükse de, hukuk devletinin temeli olan kişi özgürlüğünün, sosyal devletin öngördüğü sosyal adalet gerçekleştirilmeden sağlanamayacağı tecrübesi yaşanmıştır. Ekonomik hayatta hakim kişilerin veya grupların siyasal alanda da hakim duruma gelmeye başlamalarıyla birlikte, siyasal demokrasinin ve hukuk devletinin tüm bireylere tanıdığı haklar ve özgürlükler, herkes tarafından kullanılabilen haklar ve özgürlükler olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle sosyal devlet sisteminde devletin yükümlendiği sosyal adalet ve sosyal güvenlik sağlanmaksızın hukuk devletinin de gerçek manada sağlanamayacağını söylemek mümkün olmaktadır³¹.

Diğer yandan sosyal devlet sisteminde meşru kabul eden müdahalelerin hukuk devletinin genel ilkeleriyle özellikle de kanunilik ilkesiyle sınırlanması gerekir. Aksi halde sosyal devlet sisteminin totaliter bir sistem haline dönüşmesi tehlikesi söz konusu olacaktır³². Sonuç olarak sosyal devlet sisteminin, temelinde kişi özgürlüğü olan hukuk devletinin sınırları içerisinde kalması, hukuk devletinin ise sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlaması kabul edilmektedir³³. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir “sosyal hukuk devleti” olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de “Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin sadece hukuk devleti değil, aynı zamanda sosyal devlet olduğunu belirlemiştir. Hukuk devletinin ileri aşaması, bu

²⁶ Çağan (Vergilendirme Yetkisi), s. 182.

²⁷ Öden, s. 27.

²⁸ Öden, s. 27-28, Bell, s. 247.

²⁹ Barnard, s. 562.

³⁰ Fredman, s. 14.

³¹ Huber, s. 49.

³² Huber, s. 49.

³³ Huber, s. 49, Gören, s. 129.

ilke ile sağlanır.” diyerek sosyal devletle hukuk devleti arasında var olan ilişkiyi somutlaştırmaktadır³⁴.

D. Sosyal Devlet Sistemi ve Vergilendirme Yetkisi İlişkisi

Sosyal devlet, amaçlarına ulaşmak için çeşitli araçlar kullanır. Bu araçlardan biri de vergilendirme. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Devletin ülkesi üzerindeki egemeliğine bağlı olarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiili güçten kaynaklanan vergilendirme yetkisi, kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyulan mali kaynakların sağlanması amacıyla kullanılır. Dar anlamda vergilendirme yetkisi, devletin kamu gelirlerinden sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini, geniş anlamda ise çağdaş devletin güvenlik, adalet ve eğitim gibi geleneksel görevlerinin yerine getirilmesinin yanında; ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlara katkısının gerektirdiği giderleri karşılamak için gerçek ve tüzel kişilere getirdiği her türlü mali yükümlülüğe ilişkin yetkisini kapsar³⁵.” Anayasa Mahkemesi’nce de ifade edildiği üzere sosyal devlet sisteminde, devletin artan sosyal yükümlülüklerinin neden olduğu harcamalarının temel finansmanı devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu egemelik yetkisinin mali alandaki görünümü olan vergilendirme. Ancak sosyal devlet sisteminde vergilendirme sadece kamu harcamalarının finansmanı için kullanılmaz. Sosyal devlet sisteminde, devletin öngörülen sosyal yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için ifası zorunlu kamu hizmetlerine mali kaynak sağlamanın ötesinde, vergilendirmenin yeniden dağıtıcı özelliği bilinçli karar ve faaliyetlerle güçlendirilmiştir. Sosyal devletin amaçlarına ulaşmada bu yeniden dağıtıcı etkiden yararlanma yoluna gidilmektedir. Vergilendirmede ödeme gücü ilkesinin hayata geçirilmesi ve vergi yükünün adil dağılımının sağlanmasıyla gelir dağılımındaki eşitsizliklerin hafifletilmesi sosyal devlet sisteminde vergilendirmenin temel amaçlarından³⁶.

Sonuç olarak, kişilerin ekonomik kararlarını etkilemeyecek şekilde düzenlenen bir vergi sistemi vasıtasıyla, sınırlı tutulan kamu harcamalarını finanse etmeye yönelik bir gelir elde etmenin amaçlandığı liberal devlet sisteminin aksine, sosyal devlet sisteminde vergilendirmenin fonksiyonlarının arttığını ve vergilendirmenin sosyal devletin öngördüğü sosyal politikaların hayata geçirilmesinde giderek daha etkili bir araç halini aldığını söylemek mümkündür³⁷.

II. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN KULLANILMASINDA SOSYAL DEVLET İLKESİ

A. Genel Açıklama

Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde de kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak üzere siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması devletin temel görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Sosyal devlet, sosyal adale-

³⁴ AYMK 07.11.1989 gün ve E. 1989/6 K. 1989/42. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=885&content=.

³⁵ AYMK 16.09.1998.gün ve E. 1997/62 K. 1998/52. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız ; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1420&content=.

³⁶ Göze, s. 97, Çağan, s. 195.

³⁷ Göze, s. 97.

tin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır. Adil ve dengeli bir vergi politikası sosyal devletin vazgeçemeyeceği ilkelere birisidir.³⁸

Sosyal devlet ilkesinin vergilendirme alanındaki uzantısı, ilgili kararda da ifade edildiği üzere adil ve dengeli bir vergi politikasıdır³⁹. Adil ve dengeli bir vergi politikasının gerçekleştirilmesi için sosyal devletin bireylere karşı sahip olduğu yükümlülüğün iki yönü vardır. Bu anlamda sosyal devlet, bireyin topluma nazaran içinde bulunduğu koşulları gözetmekle yükümlü olduğu kadar, kendi içinde bulunduğu koşulları gözetmekle de yükümlüdür. Vergilendirmede bireyin topluma nazaran içinde bulunduğu koşulların gözetilmesi vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkelerinin sağlanmasıyla, kendi içinde bulunduğu koşulların gözetilmesi ise, verginin kişinin ekonomik ve kişisel durumuna göre alınması anlamına gelen mali güce göre vergilendirme ilkesinin gerçekleştirilmesiyle söz konusu olur⁴⁰.

B. Vergi Yükünün Adaletli ve Dengeli Dağılımı İlkesi

Anayasa'nın 73. maddesinin 2. fıkrasına göre "Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır." Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen "sosyal hukuk devleti" olmanın doğal bir sonucu olarak kabul edilen bu ilkeyle esas olarak vergi adaletinin sağlanması yoluyla sosyal devletin toplumda ekonomik ve sosyal dengeyi gerçekleştirmek ve sosyal yararı sağlamak ödevlerinin altı izilmektedir⁴¹.

Terminolojik olarak hakka saygı, hak tanırılık, haklılık anlamına gelen adalet kavramı, toplum içinde barış, uyum, eşitlik, haklılık ve düzen yaratma işleviyle hukukun özünü oluřturmaktadır⁴². Tarihsel süreç içerisinde değişik Şekillerde değerlendirilmiş, toplumlara, toplumu oluşturan kişi ve gruplara, yere ve zamana göre farklı yorumlanan adalet kavramının herkes tarafından kabul edilebilir bir Şekilde sınırlarını çizmek mümkün olmadığından, vergi adaletinin de kesin ve net bir biçimde ortaya konulması mümkün deęildir⁴³. Bununla birlikte, vergilendirmede adaletin sağlanabilmesi için genellik, eşitlik ve iktisadi iktidar diğer bir ifadeyle mali güce göre vergilendirme ilkelerine uyulması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesine ilişkin değerlendirmelerde bulunurken ilkeyi genellik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri ile birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre genellik ilkesi, sosyal sınıf farkı gözetilmeksizin herkesin elde ettiği gelir, servet ya da harcamalar üzerinden vergi ödemesini amaçlar.

³⁸ AYMK 24.06.1993 gün ve E. 1992/29 K. 1993/23. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız ; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1066&content=

³⁹ ağan, s. 277, Kaneti, s. 32, Aliefendioğlu, s. 233, Şanver, s. 399-400, Yaltı Soydan, s. 109, Karakoç, s. 344.

⁴⁰ Yaltı Soydan, s. 109.

⁴¹ Kaneti, s. 32.

⁴² een, s. 26.

⁴³ Akdoğan, s. 180.

⁴⁴ Lang, s. 3, ağan (Vergilendirme Yetkisi), s. 177, Aliefendioğlu, s. 232-233, Nadaroğlu, s. 310. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Mali güce göre vergilendirme ise, verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke mali gücü fazla olanı, mali gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirler. Mali gücün tanımı Anayasa'da bulunmamakla birlikte, genellikle ödeme gücü anlamında kullanılmaktadır. Kamu maliyesi yönünden ise gelir, servet ve harcamalar mali gücün göstergeleridir. Verginin mali güce göre alınması aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracıdır.

Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Başka bir deyişle, kişilerin genel vergi yüküne kendi ödeme güçlerine göre katılmalarıdır. Bu durumda Anayasa'da öngörülen verginin mali güce göre ödenmesi, herkesin vergi ödemesi ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluğu gösterir ve sosyal devletin en etkin uygulama aracını oluşturur. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı bu ilkelere uyularak sağlanır. Vergide eşitlik ilkesi, mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir.⁴⁵

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesinin, genellik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri ile birlikte değerlendirildiği bir başka karar ise, Ek Motorlu Taşıtlar ve Ek Emlak Vergileri'nin incelendiği 2003/48 esas sayılı karardır. İlgili kararda, yeniden değerlendirme oranı uygulanmak suretiyle "Güncelleştirilen yeni miktar üzerinden 2003 yılında ikinci kez ek vergi tahakkuk ve tahsil edilmek suretiyle vergi yükü araç sahipleri aleyhine ağırlaştırılmakta, gelir ve kurumlar vergisi yükümlülükleri gibi diğer vergi mükelleflerine de yansıtılmamaktadır. Bu durum vergi yükünün dengeli, adil, ölçülü ve eşit dağılımını engelleyerek Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen vergilendirme ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır." denilerek Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi iptal edilmiştir.

Aynı kararda Ek Emlak Vergisi'ne ilişkin kural ise; "Emlak Vergisi'nin bir servet vergisi olması nedeniyle bu tür vergilerde ödeme gücüne ulaşılabilmesi için mükellefin kişisel ve sosyal durumu ile sahip olduğu emlakın konumu, değeri ve bazı amaçlar için öngörülen teşvik edici etkenlerin gözetileceği kuşkusuzdur. 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'ndaki muaflik ve istisnaların ek vergiler yönünden de geçerli olduğu iptali istenen maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, Emlak Vergisi Kanunu'nun 4. ve 5. maddelerinde öngörülen muaflik ve istisnalar ek vergiler için de uygulanacağından emlak sahibi mükellefler yönünden kimi olumsuzluklar giderilmeye çalışılarak vergi yükünün adil ve dengeli dağılımının sağlanması amaçlanmıştır." gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.

Hal böyleyken, sosyal devlet ilkesinin vergilendirme alanındaki görünümü olan vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesini değerlendirirken, vergilendirmede genellik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkelerinden ne anlaşılması gerektiğini irdelemek gerekir.

⁴⁵ AYMK 06.07.1995 gün ve E. 1994/80 K. 1995/27; AYMK 06.07.1995 ve E. 1995/6 K. 1995/29. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1210&content=

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1212&content=

1. Vergilendirmede Genellik İlkesi

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında ifade ettiği üzere; "Genellik ilkesi, sosyal sınıf farkı gözetilmeksizin herkesin elde ettiği gelir, servet ya da harcamalar üzerinden vergi ödemesini amaçlar"⁴⁶. Verginin herkesten alınması ya da verginin genelliği ilkesi vergi yükünün olabildiğince adil bir biçimde ülkede yaşayan yabancılar da dahil tüm bireylere ya da gruplara yaygınlaştırılması, bu suretle toplum bazı kesimlerinde birikmesinin önlenmesi çabasını ifade eder⁴⁷. Hukuk devleti ilkesi açısından vergilendirmede genellik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesiyle çakışmaktadır⁴⁸. Anayasa'nın 10. maddesine göre; "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." Anayasa'nın 73. maddesinde de "herkes vergi ödemekle yükümlüdür." denilmek suretiyle vergilendirmede genellik ilkesine yer verilmiştir.

Gerçekten de vergilendirmede adaletin gerçekleşmesinin temel şartı, vergilendirmede genellik ilkesine yer verilmesidir. Zira, bir toplumda vergiyi doğuran olayla ilişkisi bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasında çeşitli farklılıklar yaratılarak bir kısmının yükümlü kılınıp diğerlerinden vergi alınmaması halinde vergilendirmede adaletten söz etmek mümkün olamayacaktır. Ancak burada ifade edilen "herkes" le anlaşılması gereken, vergi ödeme gücü bulunan ve vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayla veya hukuksal durumla ilişki kuranların vergi ödemekle yükümlü olması gerektiğidir. Vergi ödeme gücü bulunmayanların vergilendirilmesi halinde adalet ilkesinin zedeleneceği açıktır⁴⁹.

Vergilendirmede genellik ilkesi ile vergi kanunlarının yalnız biçimsel olarak kanun değil, aynı zamanda maddi kanun özelliği taşımaları gerekliliği de ifade edilmektedir⁵⁰. Bunun anlamı, yasama organının biçimsel anlamda kanunla belli kişilere yönelik vergi yükümlülüğü öngöremeyeceğidir. Bu anlamda verginin kanuniliği ilkesinin kanunsuz vergi olmaz boyutu, vergi normlarının soyut ve gayrişahsi olmasını gerektirmekle vergilendirmede genellik ilkesinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir⁵¹.

Vergi kolaylıklarının kanunla veya kanunun verdiği yetkiye uygun olarak düzenleyici idari işlemlerle tanınması durumunda da vergilendirmede genellik ilkesi uyarınca söz konusu kolaylıklar için gerekli koşulların genel bir biçimde belirlenmesi gerekir⁵². Ödeme gücü olmasına rağmen gerek ekonomik, sosyal, politik ve gerekse vergi adaleti ile ilgili nedenlerle mükelleflere vergi indirimleri, muafiyetlikler ve istisnalar tanınması ve böylece bir kısım mükelleflerin ya da vergi konularının vergi dışında tutulması söz konusu olabilmektedir⁵³. Ancak vergilendirmede genellik ilkesi gere-

⁴⁶ AYMK 06.07.1995.gün ve E. 1994/80 K. 1995/27. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1210&content=

⁴⁷ Çağan, s. 147, Kaneti, s. 28-29, Karakoç, s. 337, Çelik Tüzün, s. 16, Şanver, s. 401, Gündüz, s. 106.

⁴⁸ Karakoç, s. 337, Çağan, s. 147,

⁴⁹ Lang, s. 3-4, Kaneti, s. 29, Çağan, s. 147, Çelik Tüzün, s. 16.

⁵⁰ Çağan (Sosyal Hukuk Devleti), s. 138, Karakoç, s. 337.

⁵¹ Güneş, s. 99.

⁵² Bulutoğlu, s. 22, Karakoç, s. 337.

⁵³ Gökbunar, s. 10.

ği, vergilere tanınan istisnalar ve muafiyetlerin veya matrahtan yapılacak indirimlerin, o verginin bünyesine ve anayasal doğrultulara uygun, nesnel gerekçelere dayanması zorunludur⁵⁴. Vergilendirmede genellik ilkesi, her hangi bir vergi bakımından subjektif ve objektif vergi yükümlülüğünün sınırlandırılmasına ancak ekonomik, sosyal ve kültürel nedenler ile sağlık politikası veya vergi teknolojisine ilişkin başka unsurların zorunlu kıldığı ölçüde izin verir⁵⁵.

2. Vergilendirmede Eşitlik İlkesi

a. Genel Açıklama

Eşitlik ilkesi, Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede yer alan düzenlemeye göre; "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Anayasa'nın ilk kısmında, "genel esaslar" başlığı altında düzenlenen eşitlik ilkesi ile ilgili olarak 10. maddenin gerekçesinde ilkenin, demokrasinin vazgeçilmez temel ilkelerinden biri olduğu ifade edilmiştir. Anayasa hukukunun bu temel ilkesi, vergi hukukunun da temelini teşkil etmektedir⁵⁶. Nitekim, devletin egemenlik gücüne dayanarak vatandaşlardan cebren ve karşılıksız olarak aldığı ekonomik bir değer olan vergi, karşılıksız bir mali yükümlülük olması nedeniyle bu konuda çıkarılan kanunların eşitliği öngörececek biçimde düzenlenmesi ve eşit bir biçimde uygulanması önemlidir. Aksi takdirde bireylerin sosyal hukuk devletine olan inançlarının zedelenmesi sonucu doğar⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, 10. madde çerçevesinde eşitlik sonucuna ulaşılabilmesi için, yapılan sınıflandırmaya göre benzer konumdakilerin tümünün aynı kurallara tabi olması gereklidir. Ancak, kimilerinin farklı hükümlere tabi tutulmaları "haklı bir nedene dayanmakta ise", eşitlik ilkesinin ihlalinden söz edilemez⁵⁸. Haklı neden kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından, "gerekliklik", "zorunluluk", "işin özelliklerine ve amaca uygunluk", "dengeli ve makul olma"... gibi kavramlarla somutlaştırılmaya çalışılmıştır⁵⁹. Ancak, haklı neden kavramının genel bir tanımını vermek mümkün değildir; kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir⁶⁰.

Anayasa'nın 73. maddesinin, genel eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddeyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararları ile birlikte okunması halinde mali gücü aynı olanların aynı vergi yüküne, mali gücü farklı olanların farklı vergi yüküne tabi olması eşitlik gereğidir⁶¹. Zira, "Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik gerçekleşmiş olacaktır."⁶²

⁵⁴ Kaneti, s. 29.

⁵⁵ Çağan (Vergilendirme Yetkisi), s. 178-179, Turhan, s. 206.

⁵⁶ Lang, s. 4, Çağan (Sosyal Hukuk Devleti) s. 137, Budak, s. 216.

⁵⁷ Kırbas, s. 30.

⁵⁸ Özbudun, s. 151, Gözler, s. 109, İnceoğlu, s. 53-54, Yatlı Soydan, s. 105, Ateş, s. 122.

⁵⁹ Özbudun, s. 152, İnceoğlu, s. 54.

⁶⁰ Özbudun, s. 152.

⁶¹ Kiranoğlu, s. 137.

⁶² AYMK 29.11.1990 gün ve E.1990/30 K. 1990/31. Erişim Tarihi: 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=923&content=.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da açıkça öngörülmemiş vergilendirmede eşitlik ilkesini, Anayasa'nın 73. maddesindeki mali güce göre vergi ödeme ilkesini 10. maddede yer alan genel eşitlik ilkesiyle birlikte okuyarak anayasal temel haklar kataloguna sokmuştur⁶³. Bununla birlikte vergilendirmede eşitlik ilkesinin, Anayasa'nın 73. maddesine göre değerlendirme yapılmaksızın yalnızca 10. maddede düzenlenen genel eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirildiği kararlara da rastlamak mümkündür⁶⁴.

Nitekim 1999/10 esas sayılı kararda; 213 sayılı Kanun'da yer alan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilmesinde, asgari ücretin esas alınması ilke olarak Anayasa'ya aykırı bulunmazken, 4369 sayılı Kanun'la değiştirilen 359. maddenin (a) bendinin son paragrafında yer alan "hüküm tarihinde" sözcüklerinin Anayasa'ya aykırılık savı incelenmiş ve "Aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı tarihte 213 sayılı Kanun'un değişik 359. maddesinin (a) bendine aykırı eylemde bulunmaları durumunda, davalardan birinin uzamasına ve asgari ücretin değişmesine bağlı olarak itiraz konusu sözcükler nedeniyle farklı para cezasına hükmedilebilmesi" Anayasa'nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bulunarak "hüküm tarihinde" sözcükleri iptal edilmiştir.

Bununla birlikte sınırlı da olsa, 10. ve 73. maddelerin bir arada incelendiği kararlara da rastlamak mümkündür. 1986/5 esas sayılı kararında Mahkeme, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'na 3239 sayılı Kanun'la eklenen geçici 14. maddede yer alan, Bakanlar Kurulu'nun Emlak Vergisi miktarını 1986 ve 1987 yılları için ilgili belediye meclislerinin kararı ve belediye başkanının teklifi üzerine indirebileceği şeklindeki kuralın Anayasa'ya aykırılık savını, "Söz konusu maddede emlak vergisi miktarının mahalleler, köyler veya cadde, sokak yahur değer bakımından farklı bölgeler itibarıyla birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere indirilmesi imkanının getirilmiş olması; bu verginin mali güce göre ödenmesi ilkesi ile eşitlik ilkesine ayrı bir durum yaratmaz. Aksine bir taraftan çeşitli imar ve altyapı faaliyetleri nedeniyle, diğer taraftan da fertlerin mesken, iş yeri, gezinti ve eğlence mahalleri ile ilgili beğeni ve tercihlerinde meydana gelen değişimler nedeniyle semtler arasında olduğu gibi aynı semtin mahalle ve sokakları arasında, arazi ve bina değerleri yönünden büyük farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Dava konusu madde ile getirilen esneklik içinde önceden kestirilemeyen bu gibi değer farklılıklarına göre emlak vergisi miktarının ayarlanabilmesi mali güç ve eşitlik ilkelerinin uygulanmasına imkan vermektedir. Bu yüzden sözü edilen düzenlemenin Anayasa'nın 73. ve 10. maddelerine aykırı bir yönü yoktur." demek suretiyle reddetmiştir.

⁶³ Ateş, s. 215.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında vergilendirmede eşitliği yalnızca belli bir yasa hükmünün kapsadığı herkese, yani o hükümle ilgili, ilişkili herkese eşit uygulanması buyruğundan ibaret bir ilke olarak yorumlaması ve bu anlamda Anayasa'da açıkça sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet gibi nedenler dışında yasa önünde eşitlik yorumunun şekli hukuki eşitlik öteye geçmediğinin eleştirisi için bkz; Öden, s. 172, Ateş, s. 159.

b. Eşitliğin Ölçülmesi

aa. Eşitliğin Ölçülmesinde Anayasal Ölçüt Mali Güç

Kelime anlamı olarak eşitlik, iki veya daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık, ne de eksik olmaması durumunu ifade eder⁶⁵. Dolayısıyla eşitlikten söz edilebilmesi için, en az iki şeyin varlığıyla birlikte bunların karşılaştırılması ve aralarındaki ilişkinin ortaya konulması suretiyle birbirlerine göre konumlarının belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla yanıtlanması gereken öncelikli soru, “neye göre” eşitlikten söz edilebileceğidir⁶⁶.

Anayasa’nın 73. maddesinin eşitlik ilkesi ile ilgili özel bir açılım verdiğini söylemek mümkün değildir⁶⁷. Maddede “mali güce göre” göre vergi ödenmesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla vergilendirmede eşitlik ilkesi, mali güç kavramıyla birlikte değerlendirilir. Bu anlamda mali güç, bir ayırım ölçütü olarak, devletin vergilendirme yetkisini kullanırken gözetileceği anayasal eşitlik ilkesini somutlaştıran bir yorum aracıdır⁶⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Vergide eşitlik ilkesi, mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir.”⁶⁹ Aynı durumda ve aynı miktar gelir elde eden, eşit durumda bulunan mükelleflerin aynı yüküme tabi tutulmaları “vergilendirmede yatay eşitlik”le ifade edilirken, farklı sosyal ve ekonomik koşullara sahip mükelleflerin birbirlerinden farklı vergi yüküne tabi tutulmaları “vergilendirmede dikey eşitlik”le ifade edilir⁷⁰. Sosyal adalete uygun fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik vergilendirmede dikey eşitlik ilkesi, bu anlamda sosyal devlet sisteminin vergilendirme anlayışının bir yönünü oluşturur⁷¹.

Anayasa Mahkemesi kimlerin eşit kimlerin farklı durumda olduğunu saptamada ilk kez 1961 Anayasası döneminde mali güç ölçütünü kullanmaya başlamıştır. 775 sayılı Gecekondu Kanunu’nun 14. maddesinin b bendinde yer alan, Sosyal Sigortalar Kurumu’nun yıllık bütçesinden anılan Kanun’daki hizmetlerin yürütülebilmesi için açılacak özel hesapta teşkil edilecek fona gelir sağlamak amacıyla Bakanlar Kurulu’nca tespit edilecek miktarlarda paranın ayrılacağını öngören hükmün, Anayasa’nın 61. maddesine aykırılığı iddiasıyla önüne gelen davada ilk kez üstü kapalı şekilde mali gücü vergilendirmede eşitlik ölçütü olarak kullanmış ve söz konusu hükmün Anayasa’ya aykırı olduğuna şu gerekçeyle karar vermiştir; “Anayasa’nın 61. maddesi gereğince kamu giderlerini karşılamak üzere herkes malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür. Bu maddenin 2. fıkrasında vergi resim ve harcin ve benzeri malî yükümlerinin ancak kanunla konulması ilkesi benimsenmiştir. Gerek bu maddenin yazılışına temel olan ilkedeki, gerekse kamu işlerinin görülmesine değinen Anayasa’nın öbür kurallarından anlaşıldığı üzere, kamu işlerinin gerektirdiği giderlerin devletin genel gelirleriyle karşılanması gereklidir. Gecekondu işlerinin kamu işlerinden bulunduğu 775 sayılı Kanun’un 1. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında

⁶⁵ Türkçe Sözlük, s. 384.

⁶⁶ Öden, s. 18.

⁶⁷ Saban, s. 69.

⁶⁸ Budak, s. 218.

⁶⁹ AYMK 27.01.1981 gün ve E. 1980/27 K. 1981/9. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=655&content=

⁷⁰ Akdoğan, s. 181, Çelik Tüzün, s. 18.

⁷¹ Çağan, s. 192, Atar, s. 22.

gecekondu işlerine ilişkin giderlerin devletin genel gelirleriyle karşılanması, Anayasa'dan doğan bir zorunluluktur. Oysa Anayasa karşısındaki durumu tartışılan 14. maddenin b bendinin Mahkeme'ce incelenen bölümü, gecekondu işleri giderlerinin bir bölümünün Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işçi ve işverenlerin ödedikleri primlerden oluşan mal varlığından karşılanmasını öngörmektedir. Böylelikle kamu giderinin bir bölümü yurttaşlar içinde yalnızca işçilere ve işverenlere yükletilmektedir. Bu durum Anayasa'nın 61. maddesiyle çelişmektedir. Bundan başka tartışma konusu kural, Sigorta Kurumu'nun mal varlığıyla ve dolayısıyla primleri ödeyenlerin akçalı güçleri ile gecekondu fonuna pay ödeme yükümünün kapsamı arasında herhangi bir ilişki kurmuş değildir. Oysa herhangi bir akçalı yükümlünün yükümlünün gücüne göre belirlenmesi, Anayasa'nın 61. maddesinin ilk fıkrası gereğidir. Demek ki incelenen kural, bu bakımdan da Anayasa'ya aykırıdır.”

Anayasa Mahkemesi, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 1425 sayılı Kanun'la değişik geçici 14. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, bu kanun hükümlerinin uygulanmasından doğan Emekli Sandığı'nın her türlü kanuni gelirleri ile kanuni giderleri ve harcamaları arasında ortaya çıkacak gelir fazlasının genel bütçeye gelir kaydolacağını öngören hükmün Anayasa'nın 61. maddesine aykırılığına benzer bir gerekçeyle karar vermiştir; “... Sandığın gelir fazlasının Hazineye irat kaydolunması durumu, yukarıda açıklandığı gibi Anayasa'nın 48. maddesine aykırı olduktan başka 61. maddesine de aykırılık gösterir. Zira bu gelir fazlasının Hazineye irat kaydı sonunda, Sandık iştirakçilerinin hakkı olan ve hatta bir bölümü bizzat bu iştirakçilerden toplanan paraların Devletin genel giderleri için sarf edileceği ortadadır. Bunun neticesinde Sandık iştirakçileri, devletin giderlerine, öteki yurttaşlardan ayrı olarak ve fazladan katılmaya zorlanmış olmaktadır. Bunun haklı bir nedeni olmadığı gibi sözü geçen iştirakçilerin bu biçimde özel ve fazla bir malî yüküm altına sokulmalarını gerektiren üstün bir mali güce sahip buldukları da düşünülemez. Şu hale göre bu hüküm Anayasa'nın 1488 sayılı Kanun'la değişik 61. maddesinde yer alan (Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.) ilkesindeki koşullara da aykırılık göstermektedir.”

Her iki kararda Anayasa Mahkemesi'nce, belli grupların mali güçleri göz önüne alınmadan kamu giderlerine kanunla katılmaya zorlanmaları Anayasa'ya aykırı bulunurken eşitlik mali güç ölçütüyle değerlendirilmiştir. Sosyal Sigortalar Kurumu iştirakçileri ve Emekli Sandığı iştirakçileri ile öteki yurttaşlar arasında vergi yükünün eşit dağıtılıp dağıtılmadığı mali güçlerine göre ölçülmüştür. Sonuca, genel eşitlik ilkesini düzenleyen 12. maddeden söz edilmeden doğrudan 61. maddenin yorumuyla ulaşılmıştır⁷².

⁷² Aynı doğrultuda bkz; AYMK 16.01.2003 gün ve E. 2001/36 K. 2003/3; AYMK 23.07.2003 gün ve E. 2003/48 K. 2003/76; AYMK 07.10.2003 gün ve E. 2003/73 K. 2003/86. Erişim Tarihi: 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1823&content=

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1878&content=

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1886&content=

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

bb. Eşitliğin Ölçülmesinde Anayasa Mahkemesi'nin Geliştirdiği Ölçütler

Anayasa Mahkemesi, vergilendirmede eşitlik ilkesini değerlendirirken yalnızca mali güç ölçütüne göre değerlendirme yapma yoluna gitmemiş, konuyla ilgili kendisi de bir takım ölçütler geliştirmiştir⁷³. Mahkeme'nin geliştirdiği ölçütlerden ilki "vergi konusunda nitelik farklılıkları"dır. Nitekim Mahkeme'ye göre; "Ücret gelirleri esas tarife ile artan oranlı vergilendirmeye tabi tutulurken, diğer gelir unsurlarının tek oranla ve Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin kullanılması ve sıfır oranla tevkifata tabi tutulması Anayasa'ya aykırı değildir. Çünkü Gelir Vergisine esas tarife üzerinden tabi tutulan ücret geliri çoğu mükellefler için devamlı gelir kaynağıdır. Ücret dışı stopaj usulü ile tevkifata tabi gelirlerin bir kısmı geçici gelir kaynağı niteliğindedir. ... Farklı nitelikte gelirlerin ayrı vergilendirme yöntem ve oranlarına tabi tutulması vergi adaletinin sağlanması için gereklidir."⁷⁴

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili geliştirdiği diğer bir ölçüt, "ekonomik, mali ve hukuki nitelik farklılığı"dır. 3986 sayılı Kanun'la vergi yükümlüsü kılınanların farklı oranda vergilendirmelerinin eşitliğe aykırılık iddiası, yükümlülerin eşitsiz durumda oldukları gerekçesine dayanılarak reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre; "Üretim ve dağıtım alanında etkinlik gösteren işletmelerle bankalar, sigorta şirketleri ve özel finans kurumlarının ekonomik, mali ve hukuki yapılarındaki farklılık nedeniyle bunların farklı oranda vergilendirilmeleri Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Bu gerekçeler serbest meslek mensupları ile yukarıda sayılan alanlarda faaliyet gösteren yükümlüler arasındaki vergi oranlarının farklılığı için de geçerlidir."⁷⁵

"Kamu alacağının niteliği" Anayasa Mahkemesi'nin vergilendirmede eşitlik ilkesini değerlendirirken başvurduğu bir başka ölçüttür. 4811 Sayılı Vergi Barışı Kanunu'nun 3. maddesi gereğince itiraz veya temyiz safhalarında bulunan ikmalen, resen ve idarece yapılmış tarhiyatlarda vergi barışından yararlanma olanağı getirilmesine karşın, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce vergi, ceza ve gecikme faizlerini ödemiş olan ancak davalarını temyiz ve itiraz safhasında bulunan mükelleflere 20. maddenin 2 numaralı bendinde yer alan "vergi mahkemesinde" ibaresi nedeniyle nakden ya da mahsuben iade yapılamamaktadır. Söz konusu hükmü Anayasa'nın 10. maddesi açısından inceleyen Mahkeme eşitliğe ilişkin yeni bir ölçüt oluşturmuştur;

"2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları

⁷³ Saban, s. 71, Yalıtı Soydan, 105-106, Ateş, s. 177.

⁷⁴ AYMK 19.03.1987 gün ve E. 1986/5 K. 1987/7; Aynı doğrultuda; AYMK 25.06.1998.gün ve E. 1996/73 K. 1998/41. Erişim Tarihi: 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=761&content=
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1409&content=

⁷⁵ AYMK 13.07.1995 gün ve E. 1994/85 K. 1995/32; Aynı doğrultuda; AYMK E. 1994/84 K. 1995/33 18.07.1995, AYMK E. 1994/91 K. 1995/34 18.07.1995. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1215&content=
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1216&content=

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1217&content=

ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir. Aynı Yasa'nın 52. maddesine göre de, temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olması mahkeme kararının yürütülmesini durdurmayaacağından tahakkuk eden verginin tahsiline engel olmayacaktır. Konu bu sistem içinde değerlendirildiğinde, henüz vergi mahkemelerinde devam eden davalarla yine bu mahkemelerce verilmiş terkin kararlarına konu olan kamu alacaklarının niteliği ile temyiz ya da itiraz aşamasındaki kamu alacaklarının niteliği farklılık göstermektedir. ... Vergi Barışı Kanunu'nun yayımlandığı 27.2.2003 tarihinden önce vergi mahkemelerinde devam eden davalarda henüz karar verilmeden kendi istekleri ile vergi cezası ve gecikme faizine ilişkin borçlarını ödeyenler ile bu tür borçları ödemiş, ancak davalarını itiraz ya da temyiz yoluna başvurarak devam ettiren mükellefler aynı hukuksal konumda olmadıklarından, iptali istenilen "... vergi mahkemesinde ..." ibaresi Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir.⁷⁶

3. Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi

a. Genel Açıklama

Anayasa Mahkemesi, "mali güç"ü bir yandan vergilendirmede eşitlik ilkesine ilişkin anayasal bir vergilendirmede ölçütü olarak yorumlarken, öte yandan sosyal devletin vergilendirme alanındaki görünümü olan ve vergi adaletini ölçmeye yarayan anayasal bir vergilendirme ilkesi olarak yorumlamaktadır. "Mali güce göre vergilendirme ilkesi, sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili ilkesidir. Bu ilkeye uyulmakla, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı da sağlanır."⁷⁷

Anayasa'nın 73. maddesinde "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür." denilmek suretiyle mali güce göre vergilendirme ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu ilkenin kabulüyle, 2. maddede yer alan sosyal devlet ilkesi vergilendirme alanında somut hale dönüştürülmüştür⁷⁸. Burada esas olarak sosyal devletin vergilendirmede bireyin kendi içinde bulunduğu koşulları gözetme yükümlülüğü söz konusu olmakta⁷⁹ ve bu suretle vergilendirmede adalet sağlanarak sosyal devleti ilkesi hayata geçirilmektedir⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi'nce "devletin egemenlik gücüne dayanarak kamu giderlerine katılımı sağlamak amacıyla kişilerden aldığı ekonomik değerler" olarak tanımlanan verginin tarh, tahakkuk ve tahsil aşamalarını belirleyen kanuni düzenlemeler hukuksal güveni sağlar ve oluşan bu güven hukuk devletinin de sonucudur. Esas olarak, mali güce göre vergilendirme ilkesi hukuk devletinin kanuni, eşit ve genel vergilendirme ilkelerini tamamlayarak bireylere hukuki güvencelerin yanı sıra ekonomik ve sosyal güvence sağlar⁸¹". Nitekim Mahkeme ilgili kararlarında mali güce göre vergi-

⁷⁶ AYMK 12.05.2004 gün ve E. 2003/106 K. 2004/59. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1974&content=

⁷⁷ AYMK 07.11.1989 gün ve E. 1989/6 K. 1989/42. Erişim Tarihi: 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=885&content=

⁷⁸ AYMK 07.11.1989 gün ve E. 1989/6 K. 1989/42. Erişim Tarihi: 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=885&content=

⁷⁹ Yaltı Soydan, s. 109.

⁸⁰ Yiğit, s. 75.

⁸¹ Çağan (Sosyal Hukuk Devleti), s. 145.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

lendirme ilkesini, vergilendirmede kanunilik, eşitlik ve genellik gibi anayasal ilkelerle birlikte değerlendirerek devletin vergilendirme yetkisinin bu ilkelerle sınırlandırıldığı- nı ifade etmiştir⁸².

Anayasa'nın 73'üncü maddesinin ilk fıkrasında mali güce göre vergilendirme ilkesine yer verilmiş, fakat Anayasa'da "mali güç"ün tanımı yapılmamıştır⁸³. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi mali gücün genellikle ödeme gücü anlamında kullanıldığını ifade etmektedir⁸⁴. Mahkeme'ye göre; "Mali güç, ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Ekonomik değer düzeyini de kapsayan, vergi ödeme gücünü ortaya koyan sahip olunan değerler toplamıdır. Vergi yükümlülüğünün uygulamadaki ölçütü sayılan mali güç, ekonomik değer düzeyine göre kişi ve kuruluşların yükümlülüğünü belirler. Yasakoyucu bu olguya göre vergi salar, bu güç oranındaki değişik önlem ve yöntemlerle vergilendirmeyi düzenler, toplanmasını gerçekleştirir.⁸⁵" Vergi ödeme gücü, bireyin kendi geliri ve servetiyle orantılı şekilde vergi ödemesi anlamına gelir. Bir başka deyişle, bireyin gelir ve servetinin kendisine olanak sağladığı derecede vergi yüküne katlanmasını ifade eder.⁸⁶

Vergi ödeme gücünü ortaya koyan sahip olunan değerler, kamu maliyesi yönünden gelir, servet ve harcamalardır⁸⁷. Dolayısıyla, mali güce göre vergilendirme ilkesinin uygulanabilmesi için bu üç değerın gözetilmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de ilgili kararlarında⁸⁸ kamu maliyesi, ekonomi ve vergi hukuku alanında

⁸² AYMK 24.6.1993 gün ve E. 1992/29 K. 1993/23; AYMK 06.07.1995 gün ve E. 1994/80 K. 1995/27. Erişim Tarihi: 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1066&content=.
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1210&content=.

⁸³ Anayasa'nın 61. maddesinin Kurucu Meclis'te görüşülmesi sırasında Prof. B. N. Feyzioğlu, servetin vergi konusu olarak kullanılmaması amacıyla "mali güç" deyimini yerine "ödeme gücü" deyiminin kullanılmasını önermiştir. F. Melen de "ödeme gücü" deyiminin daha yerinde olduğunu belirtmekle birlikte, bu ilkenin Anayasa'ya girmesinin gerek dolaylı vergilerin iptal edilebilme tehdidi, gerek soyut bir idealin Anayasa'ya girmesi açısından sakıncalı olduğunu belirtmiştir. Prof. B. N. Feyzioğlu, ödeme gücüne göre vergilendirme ilkesinin, sosyal devletin bir gereği olduğunu ve bu ilkenin vergilendirme sistemi olarak düşünülmesi gerektiğini belirterek bu görüşe karşı çıkmıştır. C. Kırca'da ilkenin kalkınma ve bazı sanayi kollarının teşviki açısından sakınca yaratacağını ve Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkenin istisnalarını kaldırabileceğine değinerek, F. Melen'in mali güce göre vergilendirme kuralının Anayasa'dan çıkartılması yönündeki önerisine katılmıştır. Ancak mali güce göre vergilendirme ilkesi madde metninde korunmuştur. Çağan, s. 192-193.

⁸⁴ AYMK 07.11.1989 gün ve E. 1989/6 K. 1989/42; AYMK 12.11.1991 gün ve E 1991/7 K. 1991/43. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=885&content=.
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=968&content=.

⁸⁵ AYMK 07.11.1989 gün ve E. 1989/6 K. 1989/42. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=885&content=.

⁸⁶ Erginay, s. 52.

⁸⁷ Turhan, s. 220.

⁸⁸ AYMK E.2001/36 K. 2003/3 16.01.2003; AYMK E. 2003/48 K. 2003/76 23.07.2003; AYMK E. 1994/85 K. 1995/32 13.07.1995; AYMK E. 2003/11 K. 2004/49 07.04/2004; AYMK E. 1996/49 K. 1996/46 11.12.1996. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1823&content=.

mali güce ilişkin göstergelerin gelir, sermaye ve harcamalar olduğunu kabul etmektedir.

1. Mali Gücün Göstergeleri

a. Gelir

Gelir Vergisi Kanunu'nda, "bir gerçek kişinin bir takvim yılı içerisinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı" olarak tanımlanan gelir, vergi ödeme gücünün en önemli göstergesi olarak kabul edilir⁸⁹. Gelir kavramı öğretide iki farklı kuramla açıklanmaktadır⁹⁰. Bunlar; kaynak kuramı (dar anlamda gelir) ve safi artış kuramıdır (geniş anlamda gelir).

Kaynak kuramına göre gelir, belirli bir kaynaktan düzenli bir biçimde sağlanan ve üretim faktörlerinin üretim sürecine katılması sonucunda elde edilen değeri ifade eder⁹¹. Elde edilen değer gelir sayılabilmesi için belli bir kaynaktan üretim faaliyeti sonucu sürekli olarak doğması ve hiç olmazsa bu şekilde elde edilmesinin mümkün olması gerekir⁹². Buna göre piyango ikramiyeleri, miras hisseleri, bağışlar, taşınır veya taşınmaz malların değer artışları gibi üretim faktörü sunmaksızın elde edilen menfaat ya da kazançlar gelir sayılmamaktadır⁹³. Temelinde sermaye birikimini ve büyümesini zayıflatmamak için gelir vergisinin uygulama alanını mümkün olduğunca daraltmak fikri yatan kaynak kuramına göre, sürekli olmayan bir kaynaktan elde edilen veya üretim unsurlarına dayanmayan bir değer gelir sayılmayacağından vergilendirilmeyecektir⁹⁴.

Safi artış kuramı gelir kavramını kaynak kuramına göre çok daha geniş bir anlamda ele almaktadır. Bu kurama göre gelir, bir vergilendirme dönemi içerisinde bir kimsenin tüketime ayırdığı harcamaların tümü ile servetinde meydana gelen net artış olarak tanımlanmaktadır. Satın alma gücünde belli bir dönemde ortaya çıkan artış kaynağı ne olursa olsun gelir olarak düşünülür⁹⁵. Bu anlamda kaynak kuramı ile karşılaştırıldığında vergilendirmede adalet ilkesinin gerçekleştirilmesine daha yakın duran safi artış kuramı uygulamada karşılaşılan güçlükler nedeniyle tek başına uygulanmamaktadır⁹⁶. Genellikle vergi kanunlarında her iki kuramın unsurlarına yer verilmek suretiyle, gelir kavramının unsurlarının açıkça sayılıp, bu unsurlara dayalı olarak ayrı ayrı tanımlamalara gidildiği görülmektedir⁹⁷.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1878&content=
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1215&content=
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1964&content=
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1293&content=

⁸⁹ Neumark, s. 269, Akdoğan, s. 196.

⁹⁰ Turhan, s. 117, Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 239, Yiğit, s. 98.

⁹¹ Bursal, s. 22-23, Turhan, s. 117.

⁹² Turhan, s. 117.

⁹³ Erginay, s. 86-87.

⁹⁴ Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 239, Yiğit, s. 99.

⁹⁵ Turhan, s. 118, Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 240.

⁹⁶ Erginay, s. 87-88, Turhan, s. 118.

⁹⁷ Erginay, s. 88.

Ödeme gücünün temel göstergesi olarak gelirin kabul edilebilmesi için, kavrama ilişkin tanımın mümkün olduğunca safi artış kuramının gereklerine uygun olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁸. Bununla birlikte, gelir seviyesi aynı olsa bile, büyüklüğü veya yapısı itibarıyla farklı aileler için farklı olacak olan ödeme gücü, kişilerin gelirlerinin değil, bir aile içerisinde yaşayan şahısların gelirlerinin dikkate alınmasını gerektirir⁹⁹. Buradan hareketle ödeme gücüne esas alınacak gelir, bir ailenin tüketim veya tasarruf yapmak için ekoomik faaliyetler sonucu olarak bir dönem içerisinde elde ettiği toplam değeri ifade eder¹⁰⁰.

b. Servet

Vergi ödeme gücünün bir diğer göstergesi olarak servet, bir gerçek veya tüzel kişinin belirli bir zamanda sahip bulunduğu bütün iktisadi değerlerin toplamıdır¹⁰¹. Her çeşit taşınır ve taşınmaz mallar, para ve alacakların da dahil olduğu servet¹⁰², genel olarak gelirin harcanmayıp birikmiş şekli olarak da tanımlanabilir¹⁰³.

Gelir düzeyinin, kişilerin vergi ödeme gücünün tamamını belirlemek açısından yetersiz kalması servetin de vergilendirilmesi gerektiği düşüncesini haklı kılar. Nitekim, aynı miktar gelire sahip iki kişiden serveti daha fazla olanının ödeme gücünün serveti az olana göre daha fazla olacağından kuşku duyulmamakla birlikte¹⁰⁴, gelir vergisinde bazı tür gelirlerin özel uygulamalara tabi tutulması veya vergilendirme dışında bırakılması da söz konusu olabilmektedir¹⁰⁵.

Bununla birlikte servet, sahibine vermiş olduğu güvenlik ve bağımsızlık hissi, sağlayabileceği müstakbel fırsatlar ve potansiyel gelir niteliğinde olması nedeniyle de vergi ödeme gücünün bağımsız bir unsurudur. Hal böyleyken, gelir getirsin veya getirmesin sahibine ek bir vergi yeteneği sağlayan servet, mali güce göre vergilendirme ilkesinin sağlanması açısından gözetilmesi gereken gelir unsurunu tamamlamaktadır¹⁰⁶.

c. Harcamalar

Vergi ödeme gücünün temel göstergesi olarak gelir kabul edilmekte ise de, Hobbes, Mill, Fisher, ve Kaldor gibi teorisyenler bireylerin vergi ödeme gücünün belirlenmesinde harcamaların esas alınmasını savunmuşlardır¹⁰⁷.

Vergi ödeme gücünün göstergesi olarak harcamaları kabul edenlerin ileri sürdükleri görüşler şu şekilde özetlenebilir; Tüketim, çeşitli yollardan optimal bir vergi matrahını oluşturabilir. Vergi matrahını oluşturacak kapasite, kişinin tükettiği şeydir, yoksa biriktirdiği ya da yatırıma ayırdığı değildir. Bu hususta Hobbes; "tasarruf ve

⁹⁸ Turhan, s. 221, Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 240.

⁹⁹ Turhan, s. 222.

¹⁰⁰ Turhan, s. 222, Yiğit, s. 101.

¹⁰¹ Heper, s. 5-6, Turhan, s. 170.

¹⁰² Erginay, s. 89.

¹⁰³ Turhan, s. 170.

¹⁰⁴ Akdoğan, s. 200.

¹⁰⁵ Heper, s. 45.

¹⁰⁶ Heper, s. 45, Turhan, s. 222.

¹⁰⁷ Akdoğan, s. 196.

yatırım diğer kişilerin de lehinde sosyal eylemler olup, tüketim ise bencillik ve antisosyallik unsurlar taşır” görüşünü ileri sürmüştür. Bu nedenle vergilendirme, gerek gelirden gerekse servetten yapılışın tüketime dayanmalıdır¹⁰⁸.

Harcama vergisinde esas, kişilerin yaptıkları harcamalarının tutarının vergi ödeme gücünün göstergesi kabul edilmesi olmakla birlikte, harcamalarının belirlenmesi, artan oranlı tarifelerin uygulanması, harcama çeşitlerine göre farklı vergi uygulaması bakımından önemli güçlükler vardır¹⁰⁹. Yine, kişisel tercihlerin ve kişilerin içinde buldukları öznel durumların belirlenmesinde karşılaşılabilecek güçlüklerin adaletsizliğe yol açacağı düşüncesi, yalnızca harcamalar esasına dayanan vergilendirmeye karşı ileri sürülmektedir¹¹⁰.

c. Mali Güce Ulaşmada Yararlanılan Teknikler

Mali gücün tam olarak belirlenmesi ve ona göre vergi uygulanması mümkün olmakla birlikte, çeşitli tekniklerden suretiyle mali güce ulaşılmaya çalışılmaktadır¹¹¹. Özellikle gelir vergisi uygulaması açısından etkili olan bu teknikler; en az geçim indirimini uygulaması, artan oranlı vergi tarifeleri ve gelir kaynağının göz önünde bulundurulması yani ayırma ilkesinin uygulanması olarak sıralanmaktadır¹¹². Bu anlamda istisna ve muafiyetlerden de zaman zaman yararlandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de ilgili kararlarında mali güce göre vergilendirmenin araçlarını, sermaye iratlarının ücretlere göre farklı vergilendirilmesi, en az geçim indirimi, artan oranlı vergilendirme, çeşitli istisna ve muafiyet uygulamaları olarak ifade etmiştir¹¹³.

Öğretinin de kabul ettiği bu klasik teknikler dışında mali güce ulaşma amacına yönelik teknik olarak sayılabilecek uygulamalar kanunlarda düzenlenmiştir. Vergilendirmede hayat standardı esası, ortalama kar haddi, götürü vergi gibi yöntemlerin kullanılması bu uygulamalara örnek gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi, yapılan bu düzenlemeleri Anayasa'nın mali güce göre vergilendirme ilkesine uygunluğu yönünden denetlemiştir¹¹⁴.

aa. En Az Geçim İndirimi

En az geçim indirimi, kişinin kendisinin ve ailesinin yaşamını asgari düzeyde sürdürbilmesi için gereken gelirinin vergiye tabi tutulmaması anlamını taşır. Mali güce göre vergilendirme ilkesinin söz konusu olabilmesi için herkesin, ödeme gücü kadar vergi-

¹⁰⁸ Akdoğan, s. 196-197.

¹⁰⁹ Akdoğan, s. 199.

¹¹⁰ Yiğit, s. 104.

¹¹¹ Akdoğan, s. 202.

¹¹² Akdoğan, s. 202.

¹¹³ AYM E. 1994/85 K. 1995/32 13.07.1995; AYM E. 1996/49 K. 1996/46 11.12.1996; AYM E. 1999/51 K. 2001/63 28.03.2001, AYM E. 2003/09 K. 2004/47 01.04.2004. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1215&content=.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1293&content=.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1621&content=.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1962&content=.

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Yiğit, s. 153-210.

lendirilmesi gerekir. Hayatlarını sürdürmeye yetecek kadar geliri olan kişilerin vergilendirilmemesi vergilendirmede adalet ilkesinin gereğidir¹¹⁵.

Bir kimsenin vergi ödeme gücünün ancak o kimsenin fizyolojik varlığını sürdürebilecek gerekli vasıtaları sağladıktan sonra söz konusu olabileceği ve vergilendirilmek istenen en az geçim indirimi karşılığı gelirin tarh ve tahsil masraflarını karşılamayacağı bu nedenle vergilendirilmemesinin aklın bir gereği olduğu en az geçim indirimi uygulamasını savunanların üzerinde durdukları temel savlardır¹¹⁶. En az geçim indirimi uygulamasının karşısında yer alanlar ise, uygulamanın verginin genelliği ilkesine aykırı olduğunu ve vergi verimini azaltacağını ileri sürmektedirler¹¹⁷.

En az geçim indirimi tutarının ne olması gerektiği hakkında da çeşitli görüşler mevcuttur; En az geçim indirimini ilk savunanlar, bu tutarın fizyolojik varlığın sürdürülebilmesine yetecek kadar olması gerektiğini savunmuşlardır. Bir kısım başka yazarlar ise, insanın sosyal bir varlık olduğunu belirterek en az geçim indirimi tutarının sosyal sınıfların hayat düzeylerine göre saptanmasını savunmuşlar ve buna “kültürel asgari” demişlerdir. Fizyolojik asgari ve kültürel asgarinin en az geçim indirimi tutarı olmasının güçlüklerini göz önünde bulunduran bazı yazarlar, “medeni asgari” görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre medeni asgari görüş, refah ve insani haysiyetin asgari seviyesini ifade eder¹¹⁸. Bununla birlikte uygulamada, herkesin geçimi için zorunlu olan asgari miktar birbirinden farklı olduğundan teknik açıdan böyle bir uygulamayı gerçekleştirmek mümkün değildir. Bu nedenle en az geçim indirimi hadleri tüm ülkelerde mali, iktisadi, sosyal ve siyasal koşulların elverişliliği oranında götürü bir biçimde saptanmaktadır¹¹⁹.

En az geçim indirimi başlıca üç şekilde uygulanmaktadır¹²⁰; Mükellefin gelirinden en az geçim indirimi tutarının düşülmesi ve kalan kısmın vergilendirilmesi şeklinde gerçekleştirilen uygulama matrahtan indirim sistemidir. Vergiden indirim sisteminde ise, önce yükümlünün vergilendirilecek geliri vergi tarifesine göre vergiye tabi tutulmakta, daha sonra en az geçim indiriminin tarifeye göre bulunan vergisi toplam vergiden düşülmektedir. Bir diğer uygulama bölünme sistemidir. Bölünme sistemi, aile gelirin aile bireyleri sayısında bölünmesinden sonra vergilendirilmesini öngören sistemdir. Ayrı ayrı hesaplanmak suretiyle bulunan vergi, toplam gelirin bölündüğü aile birey sayısı ile çarpılmakta, böylelikle ödenmesi gereken toplam vergi bulunmaktadır¹²¹.

bb. Artan Oranlılık

Mali güce göre vergilendirme ilkesinin uygulanmasının bir diğer aracı da artan oranlı vergilendirmedir. Artan oranlılık, kişinin geliri arttıkça vergi ödeme gücünün de arttığı

¹¹⁵ Akdoğan, s. 202-203, Nadaroğlu, s. 318.

¹¹⁶ Pamak, s. 190-192, Nadaroğlu, s. 318.

¹¹⁷ Nadaroğlu, s. 318.

¹¹⁸ Nadaroğlu, s. 319, Herekman, s. 58-59.

¹¹⁹ Nadaroğlu, s. 320.

¹²⁰ Pamak, s. 197, Akdoğan, s. 206.

¹²¹ Akdoğan, s. 206-210.

varsayımına dayalı olarak, matrah yükseldikçe matraha uygulanacak oranı da artırmak suretiyle hazırlanan tarifelerle elde edilir¹²².

Artan oranlı vergilendirme, temelde “gelir arttıkça marjinal faydası azalır” ilkesine dayanmaktadır¹²³. Buna göre; kişi gelirini ihtiyaçlarına göre paylaşır. Paylaşım da ilk sırayı zorunlu ihtiyaçlar alır. Zorunlu ihtiyaçları sırasıyla, sosyal ihtiyaçlar ve kültürel ihtiyaçlar takip eder. Son kısımda ise, ihtiyat ve yatırımlar için ayrılan pay yer alır. Kişinin ihtiyaçlarının şiddeti giderek azalmaktadır, o halde gelir arttıkça artan her kısım daha az şiddetteki ihtiyaçlara ayrılacak dolayısıyla marjinal faydası da bir öncekine oranla düşecektir¹²⁴. Bu anlamda vergilendirmede dikey adaletin sağlanabilmesi için öngörülen “eşit fedakarlık”, geliri fazla olandan daha yüksek oranda vergi alınmasını gerektirir¹²⁵. Artan oranlı vergilendirmenin daha verimli olması nedeniyle de uygulanması gerektiği düşünülmektedir¹²⁶. Devletin yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için daha geniş mali olanaklara sahip olması gerektiği bir gerçektir ve artan oranlı vergilendirmede yüksek matrahlara yüksek oranlar uygulanması suretiyle, devletin mali olanaklarının yükseldiği söylenebilir¹²⁷.

Artan oranlı vergilendirme; bir takım keyfi uygulamaları beraberinde getireceği, vergilendirmede böylesi bir müdahaleceğin piyasada kendiliğinden oluşacak adil düzenin bozulmasına yol açacağı, özel mülkiyete zarar vereceği ve tasarruf imkanını ortadan kaldırarak sermaye birikimini önleyeceği dolayısıyla yatırımların gerçekleşmesine engel olacağı savlarıyla eleştirilmektedir¹²⁸. Bununla birlikte, artan oranlı vergilendirmenin kanun önünde eşitlik ve genellik ilkelerini zedeleyebileceği, vergi kaçırma hissini tahrik etmek suretiyle vergi ahlakını bozabileceği ve rant kollama eğilimlerini artırabileceği de düşünülmektedir¹²⁹.

cc. Ayırma İlkesi

Ayırma ilkesinin amacı da en az geçim indirimi uygulaması ve artan oranlı vergilendirmede olduğu gibi, vergi yükümlüsünün ödeme iktidarını göz önünde bulundurarak mali güce göre vergilendirme ilkesini gerçekleştirmektir. Arta oranlı vergilendirmede yükümlünün gelir seviyesi dikkate alındığı halde, ayırma ilkesi gelirin elde edildiği kaynakla yükümlünün sosyal durumu dikkate alınmak suretiyle uygulanır¹³⁰.

Ayırma ilkesi açısından gelirler üç ayrı kategoriye ayrılır; emek gelirleri, sermaye gelirleri ve emek sermaye karışımı gelirler¹³¹. Ücret ve maaşlardan oluşan emek gelirlerine nazaran, sermaye gelirlerinin daha düzenli ve devamlı olduğu kabul edilir. Çünkü emek gelirleri bir yandan çalışanların sağlıklı olmalarına, çalışabilmelerine,

¹²² Pamak, s. 209, Herekman, s. 61.

¹²³ Edizdoğan, s. 156, Akdoğan, s. 213, Başaran, s. 88.

¹²⁴ Herekman, s. 62.

¹²⁵ Herekman, s. 62, Erginay, s. 75.

¹²⁶ Edizdoğan, s. 156,

¹²⁷ Erginay, s. 75.

¹²⁸ Nadaroğlu, s. 314-315.

¹²⁹ Karayılmazlar-Güran, s. 157. Erişim Tarihi : 10.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/60/2/6_ekrem_karayilmazlar_mehmet_cahit_guran.pdf.

¹³⁰ Pamak, s. 224-225, Herekman, s. 65, Nadaroğlu, s. 323.

¹³¹ Nadaroğlu, s. 323.

diğer yandan çalışabilme çağına ve süresine bağlıdır. Diğer yandan, sermaye sahiplerinin gelir sağlamak için sarfettikleri çaba ile emeği karşılığı gelir sağlamaya çalışanların karşılaştıkları risk ve güçlükler birbirinden farklı olup, emek gelirlerinin zahmeti daha fazladır. Sermayenin gelir yaratma kapasitesi ve sunması muhtemel fırsatlar ile emeğinkiler arasında sermaye lehine önemli bir fark vardır. Ayrıca, sahibinin beyanı dahilinde vergilendiren sermaye gelirlerinde kural olarak kaynaktan vergilendirilen emek gelirlerine nazaran vergi kaçığının daha fazla olması muhtemeldir. Anılan bu nedenlerle, ayırma ilkesi gereğince emek gelirlerinin sermaye gelirleriyle aynı şekilde vergilendirilmeleri vergilendirmede adaletin sağlanması bakımından uygun bulunmamaktadır¹³².

Ayırma ilkesinin uygulanmasına ilişkin eleştiriler daha çok, sermayenin farklı şekilde vergilendirilmesinin sonucu üretimin azalmasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek sosyo ekonomik sorunlara ilişkindir¹³³. Bununla birlikte, sermaye gelirlerinin devamlılık, sağlamlık,

güvenlik yönlerinden emek gelirlerine oranla daha elverişli bulunduğu görüşleri günümüzde geçerliliğini kaybetmiştir. Çünkü, sosyal devletin ortaya koyduğu sosyal güvenlik örgütleri emek gelirlerine de devamlılık ve güvenlik kazandırmıştır. Toplu iş sözleşmesi, asgari ücret, grev hakkı gibi imkanlar da emeği sermaye karşısında güçlü duruma taşımış ve korumuştur. Kısıtlamalar, kamulaşturmalar, faizler, kiralara rekabet şartları sermayeyi güvenilir bir gelir kaynağı olmaktan çıkarmıştır. Bu bakımdan günümüzde emek ile sermayeden hangisinin güçlü olduğunu belirlemek çok kolay değildir. Emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha az vergilendirilmesinin oransal ölçüsü yoktur. Bilimsel olarak bunun göstergesi bulunmamaktadır¹³⁴. Vergiden kaçınma imkanları, vergi tekniğindeki gelişmeler ve vergi idaresinin etkinliği nedeniyle azalmaktadır. Sermaye gelirlerinden vergi kaçakçılığının yayıldığı varsayımı ile çok vergi alınması, iktisadi açıdan sermayenin cezalandırılmasına hatta olumsuz neticeler doğmasına neden olabilir. Nitekim, iktisadi gelişme ve refahın koşulları emek kadar, sermayenin de korunmasını gerektirir¹³⁵.

Ayırma ilkesi, sınıflandırılan gelir kaynaklarına farklı vergi oranlarının uygulanması, sermaye gelirlerinden ek vergi alınması, emek gelirlerine indirim uygulanması, vergi tarifesine sınırlama konulması gibi farklı şekillerde uygulanabilir¹³⁶.

dd. İstisna ve Muafiyetler

Tüm vergiler konuları üzerinden objektif, yükümlü kıldığı kişiler bakımından da subjektif bir yükümlülük yükler. Vergi istisnası, vergi kanunlarında vergilendirilmesi öngörülen bir konunun, bir başka deyişle objektif vergi yükümlülüğünün kısmen veya tamamen, devamlı ya da geçici bir şekilde aynı veya diğer bir vergi kanunuyla vergi dışında tutulmasıdır¹³⁷. Vergi kanunlarına göre, kendileri için subjektif bir vergi yü-

¹³² Akdoğan, s. 223-224.

¹³³ Pamak, s. 225, Akdoğan, s. 224.

¹³⁴ Herekman, s. 66, Nadaroğlu, s. 324-325.

¹³⁵ Nadaroğlu, s. 325.

¹³⁶ Nadaroğlu, s. 325.

¹³⁷ Herekman, s. 36.

kümlüğü doğmasına rağmen, yine aynı veya farklı bir kanunla belirli kişi veya kişi gruplarının açıkça vergi mükellefiyeti dışında bırakılmasına ise vergi muafiyeti denir.

İstisna ve muafiyetler, koşullara uygun şekilde tespit edilip uygulandıklarında vergi adaletine ulaşma bakımından olumlu etkilere sahip olabilmekte, mali güce ulaşmada yararlanan artanlı oranlı vergilendirme, en az geçim indirimi ve ayırma ilkesine yardımcı fonksiyon görebilmektedirler¹³⁸.

İstisna ve muafiyet uygulamaları, sağlamış oldukları kazanç ve iratlar ile yaşamını sürdürecektir olanaklara bile ulaşamayan kimselerle, mükelleflerin kendilerinin ve bakmakla yükümlü buldukları kimselerin yaşamlarını asgari düzeyde sürdürebilmeleri için gerekli olan gelirlerinin vergi dışı bırakılmasını içermektedir. Olanakları, ancak yaşamlarını sürdürmeye yetecek düzeyde bulunan kimselerin ödeme güçlerinin varlığından söz edilemez ve bu nedenle söz konusu kimselerin vergi yükümlülüğünün dışında tutulmaları aynı şekilde, belirli bir yaş düzeyinin üzerinde bulunan mükelleflere, sosyal amaçlarla yapılan bazı (ölüm, hastalık, işsizlik, sakatlık, analık yardımları ve nafaka gibi) ödemelere vergi uygulanmaması, vergilendirmede adalet ilkesinin bir gereğidir¹³⁹.

d. Mali Güce Ulaşmada Yararlanan Tekniklerin Kullanımı Suretiyle Gelir ve Servetin Yeniden Dağılımı

Sosyal devletin temel amaçlarından biri olan adil gelir dağılımı, toplumda kişilerin elde ettikleri gelirler arasında büyük uçurumlar olmamasını, milli gelirin kişiler ve toplumsal sınıflar arasında gerginliğe yol açmayacak biçimde dağılmasını, dolayısıyla toplumca kabul edilebilir bir gelir paylaşımını ifade eder¹⁴⁰. Vergi, kanun koyucunun ekonomiye müdahale ederek sosyal adalete yaklaşmakta elindeki en etkili araçlardan biridir ve bu anlamda sosyal devlet, vergilendirme yetkisini adil bir gelir dağılımını, sosyal denge ve barışı sağlamak amacıyla kullanır¹⁴¹.

Devletin, yeniden dağıtım yoluyla ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi, yüksek gelirlerin vergi yoluyla ele geçirilmesi, düşük gelirli olanların aynı veya mali yardımlar, sübvansiyonlarla desteklenmesi şeklinde ortaya çıkar. Gayri safi milli hasılanın kamu gelirleri aracılığıyla emilip, kamu giderleri aracılığıyla topluma yeniden verilmesi şeklinde de tanımlanabilecek yeniden dağıtımın sosyal amacı, gelirin mutlak anlamda eşit dağılımı olmayıp, toplumsal refahın en üst düzeyde gerçekleştirilmesidir¹⁴². Esas olan herkesin insan haysiyetine yaraşır bir yaşam düzeyini sağlayacak asgari gelir düzeyine sahip kılınması ve gelir farklılıklarının fazla olmasının giderilmeye çalışılmasıdır. Söz konusu yaklaşım, gelir grupları arasında özellikle vergilendirme yetkisinin kullanılarak gelir aktarıcı ve destekleyici uygulamalara girişilmesini¹⁴³, mali güce ulaşmada yararlanan tekniklerin daha yoğun bir biçimde kullanılmasını gerekli kılmaktadır¹⁴⁴.

¹³⁸ Akdoğan, s. 228.

¹³⁹ Herekman, s. 37. Erginay, s. 45.

¹⁴⁰ Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 53.

¹⁴¹ Çağan (Sosyal Hukuk Devleti), s. 146.

¹⁴² Türk, s. 116, Tuncer, s. 508.

¹⁴³ Akdoğan, s. 436.

¹⁴⁴ Çağan, s. 196.

Devletin, yüksek gelir gruplarından düşük gelir grupları lehine gelir transferleri yaparak yeniden gelir dağıtıcı bir vergi politikası izlemesinin toplumsal fayda ve refahı olumlu yönde etkileyeceği yönündeki görüş aynı zamanda iktisadi esaslara da dayanmaktadır. Marjinal fayda teorisine göre, gelir arttıkça gelirin marjinal faydası git-tikçe azalan bir seyir takip ettiği için, toplum üyelerinin milli gelirden sağladıkları faydalar toplamının yani toplum refahının en yüksek düzeyine erişmesi, ancak gelir dağılımında eşitliğin gerçekleştirilmesine bağlıdır¹⁴⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, devlet yeniden dağıtımı ne kadar şiddetli bir biçimde uyguluyorsa, vergi yükünün vergi-lendirme mali güç ilkesi kıstasından ayrılan eşit olmayan dağılımı eşitlik ilkesi karşı-sında meşrulaştırma ihtiyacı da o kadar artmaktadır¹⁴⁶. Bununla birlikte, makro ekono-mik istikrarsızlığın söz konusu olduğu ülkelerde vergilendirme yoluyla bireyler arasında sosyal ve ekonomik adaletin sağlanmasına yönelik çabaların kimi zaman sapırtıcı bir takım etkilerde bulunduğunu da ifade etmek gerekir¹⁴⁷.

C. Sosyal Devletin Planlı Kalkınma Hedefi ve Vergilendirme

Sosyal devletin, vergi yükünün adil ve dengeli dağılımını sağlamak, mali güce göre vergilendirme ilkesini gerçekleştirmek ve gelir ve servetin yeniden dağılımı hedefleri-nin yanı sıra diğer önemli bir hedefi de planlı kalkınmayı gerçekleştirmektir¹⁴⁸. Bunun nedeni, ekonominin gelişimiyle sosyal politika uygulamalarının gelişiminin doğru orantılı olmasıdır. Ekonomik büyümeyi hızla gerçekleştiren endüstrileşmiş ülkelerde toplumun siyasal ve toplumsal örgütlenmesi de bunu gerektirdiğinden, başta çalışanlar olmak üzere toplumun korunmaya muhtaç kesimlerini koruyucu ve onların yaşam düzeylerini yükseltici önlemler ortaya konmuştur. Böylece devlet, büyüyen gelirin daha hakça dağılımını sağlayacak ve bireylerin yaşam düzeylerini yükseltecek çeşitli önlemleri uygulamaya koyarken, sosyal devlet de anlamını bulmaktadır¹⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın planlamaya ilişkin hükmünü (madde 166) devlete ekonomik alanda düzenleme ve müdahale olanağı veren hüküm olarak yorum-layıp uygulamaktadır¹⁵⁰. Nitekim Mahkeme'nin Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikle-ri'ne İlişkin 3186 sayılı Kanun ile ilgili kararı bunun açık bir örneğini oluşturmaktadır. Mahkeme'ye göre; "Anayasa'nın 166. maddesinde ekonomik, sosyal, kültürel kalkın-manın bir plan çerçevesinde gerçekleştirilmesi ilkesi kabul edilmiş, planlama devlete bir görev olarak verilmiş ve planlamanın ülke kaynaklarının değerlendirilip verimli kalkınmasını sağlayarak ekonominin tüm sektörleriyle ülke bütününde dengeli ve uyumlu bir gelişmeyi temine yönelik biçimde yapılacağı, ayrıca planlarda milli tasaru-fu artırıcı, yatırımı, istihdamı geliştirici ve yatırımları toplum yararına yönlendirici tedbirlere öncelik verildiği açıkça belirtilmiştir. Bu durumda kooperatif ve birliklerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na verilecek talimatlar uyarınca hareket etmeleri Anaya-sal bir zorunluluk olmaktadır."

¹⁴⁵ Turhan, s. 227.

¹⁴⁶ Lang, s. 14.

¹⁴⁷ Çağan, s. 196, Altay-Özpençe, s. 178-179.

¹⁴⁸ Göze, s. 95, Çağan (Sosyal Hukuk Devleti), s. 146.

¹⁴⁹ Koray, s. 43.

¹⁵⁰ Tan, s. 169.

Planlı kalkınma ile ilgili vergi tedbirleri; yatırım indirimi, hızlandırılmış amortismanlar, gümrük vergisinde muaflik ve istisnalar, turizm muaflikları, ihracatta vergi iadesi gibi özünde yatırımları ve ihracatı geliştirmek ve özendirmek amaçları yatan tedbirlerdir¹⁵¹. Ancak, özellikle gelişmekte olan ülkelerde bu hedeflere yönelen tedbirlerin çoğu kez çelişkilere yol açtığı bilinmektedir. Zira, bu tedbirlerden çoğu kez yalnız yüksek gelir sahipleri yararlandığı için malı güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirme olanağı ortadan kalkar, gelir ve servet dağılımı bu tedbirlerden olumsuz etkilenir. Diğer yandan, sosyal adaleti gerçekleştirmeye, geliri ve serveti yeniden dağıtmaya yönelen düzenlemeler tasarruf ve sermaye oluşumuna, dolayısıyla kalkınmaya engel olabilir. Örneğin sosyal adaletle ilgili vergi düzenlemeleri orta ve yüksek gelir sahiplerinin tasarruf ve yatırım olanaklarına engel olurken düşük gelir gruplarını daha fazla tüketmeye yöneltirse böyle bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Sosyal devlette bu çelişik hedefler arasında bir denge kurmak, çözümlü en güç olan sorunların başında gelmektedir¹⁵².

III. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN SINIRLANMASINDA SOSYAL DEVLET İLKESİNİN HUKUKİ DEğERİ

A. Genel Açıklama

Sosyal devlet ilkesinin, vergi kanunlarının Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetiminde ne ölçüde hukuki bağlayıcılığa sahip olduğu, bu ilkenin kendi içerisinde taşıdığı çelişikler nedeniyle önem kazanmaktadır¹⁵³. Anayasa Mahkemesi, sosyal devlet ilkesini kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde ölçü normlardan biri olarak değerlendirmiş, bu ilkenin yasamayı Anayasa'ya uygun düzenleme yapma açısından bağladığına ortaya koymuřtur¹⁵⁴. Buradan kanunların sosyal devlete aykırı düşmemeleri gereği çıkartılabilir¹⁵⁵.

Sosyal devlet ilkesinin, vergilendirme yetkisine yön gösterici ve bu yetkiyi sınırlandırıcı özelliği bulunmaktadır. İlkenin vergilendirme yetkisini hangi kapsam ve ölçüde sınırlandırdığını, yasama organının nereye kadar takdir yetkisine sahip olduğunu değerlendirebilmek için Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yargısal denetiminin sınırlarının ortaya konması gerekir¹⁵⁶.

B. Eşitlik İlkesi Yönünden Değeri

Vergilendirmede eşitliği gerçekleştirmek, her şeyden önce yasama organının yetkisi içindedir¹⁵⁷. Anayasa sınırları içerisinde kalmak koşuluyla, hukuk düzeninin asli yara-

¹⁵¹ Çağan (Sosyal Hukuk Devleti), s. 146.

¹⁵² Çağan (Sosyal Hukuk Devleti), s. 146.

¹⁵³ Çağan, s. 201, Karakoç, s. 347.

¹⁵⁴ AYM E. 1963/138 K. 1964/71 11.12.1964, AYM E. 1963/336 K. 1967/29 26-27.09.1967, AYM E. 1972/2 K. 1972/28 23.05.1972. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=114&content=

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=210&content=

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=377&content=

¹⁵⁵ Tanör, 333.

¹⁵⁶ Çağan, s. 198.

¹⁵⁷ Çağan, s. 150.

tıcısı olan yasama organı, adil bir vergi düzenini sağlamak için vergilendirmede eşitlik ilkesini gözetmelidir¹⁵⁸. Ancak, yasama organının anayasal açıdan güvence altına alınan eşitlik ilkesini kanunlar yoluyla ihlal etmeme gibi hukuki bir yükümlülüğü yoktur. Yasama organının vergilendirmede eşitliği ihlal eden bir kanun çıkarması, Anayasa'nın 148. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanunu iptal etmesi imkanını yaratır.

Anayasa Mahkemesi'nin vergilendirmede eşitlik ilkesiyle ilgili değerlendirmeleri yaparken, mali güç ölçütünün dışında kendi geliştirdiği bir takım ölçütleri de kullandığı yukarıda ifade edilmişti¹⁵⁹. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre "... Anayasa'da belli bir konuyu düzenleyen özel bir ilke varken, o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil, konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması zorunludur¹⁶⁰." "...Özel kural ile genel kuralın çatıştıkları durumlarda genel kuralın değil, yalnız özel kuralın uygulanacağı hukukun genel ilkelelerindenir.¹⁶¹" Bu nedenle Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan düzenleme gereği, Mahkeme'nin vergilendirmede eşitlik ilkesine ilişkin değerlendirmelerinde ölçüt olarak yalnızca "mali güç"ü kullanması gerektiği düşünülmektedir¹⁶².

Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'da öngörülen eşitlik, kanun önünde eşitlik olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Mahkeme'ye göre; "Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir. Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani gerçek adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir.¹⁶³" Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, "eşitlerin eşitliği" anlamındadır. Farklı durumda olanlara yani eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması bir başka deyişle "eşit olmayanların eşitsizliği" eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Mahkeme, kanunlardaki sınıflandırmaların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını değerlendirirken "haklı neden" ve "kamu yararı" kriterlerine dayanmaktadır. Bu kriterlerin somutlaştırılması için ise amaçla ilgili olma, makul ve anlaşılabilir olma, gereklilik gibi ölçüler kullanılmaktadır¹⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararını gözeterek vergilendirmede eşitlik ilkesine ilişkin değerlendirme yaptığı kararlara örnek olarak 1986/5 esas sayılı kararı örnek gösterilebilir. Mahkeme, 3239 Sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasını şu gerekçeyle reddetmiştir; " Bilindiği gibi eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusudur. Dava konusu geçici 4. maddenin

¹⁵⁸ Ateş, s. 207.

¹⁵⁹ Bkz. sayfalar. 16-18.

¹⁶⁰ AYMK 14.02.1996 gün ve E. 1996/6 K. 1996/6. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1253&content=.

¹⁶¹ AYMK 29.11.1966 gün ve E. 1966/11 K. 1966/44. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=190&content=.

¹⁶² Yatlı Soydan, s. 103-104, Saban, s. 71-72, Ateş, s. 216.

¹⁶³ AYMK 03.12.1992 gün ve E. 1992/45 K. 1992/51; AYMK 20.07.1999 gün ve E. 1999/1 K. 1999/33. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız;

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1039&content=.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1490&content=.

¹⁶⁴ Özbudun, s. 152.

yürürlük tarihi olan 11/12/1985 gününde, adlarına vergi ve ceza tarh edilen ve vergi borcu aslı 300.000 lirayı aşmayan bütün mükellefler aynı hukuki durum içindedir. Bunlar arasında bir ayırım yapılmış olsaydı, eşitlik ilkesi o takdirde zedelenirdi. Ancak, maddede öngörülen aftan yararlanmak için vergi borcu aslının 300.000 liradan az olması koşulunun getirilmesi, aftan yararlanacak mükellefleri, bu sınırı aşanlardan ayırarak bir eşitsizlik izlenimi veriyorsa da, böyle bir farklılaştırmada; vergi ihtilaflarını azaltmak, gerekli inceleme yapılmadan kesilen cezaları kaldırarak adaleti sağlamak, idarenin ve yargının yükünü azaltmak gibi önemli kamu yararları gözetilmiştir. Kanun koyucunun amacı, ayırım yapmak veya imtiyaz tanımak olmayıp, sınırlı bir ayla bu gibi kamu yararını sağlayıcı sonuçlar elde etmektir. Bu nedenlerle söz konusu madde'nin Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı bir yönü yoktur.¹⁶⁵

Anayasa Mahkemesi, kamu yararıyla birlikte, sosyal mali ve kimi teknik gerekleri de vergilendirmede farklı uygulamanın haklı nedeni olarak değerlendirmektedir. "Mali politika, sosyal, ekonomik ve kimi teknik gerekler kimi durumlarda bazı grupların vergi kapsamı dışında bırakılmasını gerektirebilir."¹⁶⁶ Sosyal, mali ve teknik gereklerin haklı neden olarak değerlendirildiği bir başka karar, Mahkeme'nin 1986/5 esas sayılı kararıdır. İlgili kararda ifade edildiği üzere; "Kanun koyucu söz konusu madde'nin gerekçesinde 14. bent hükmünü getirme sebebini, zararlı kurumların karlı çalışan kurumlarca devir alınarak daha verimli çalıştırılmalarını teşvik etmek olarak belirtmiştir. Bu amacın ışığında 14. bent hükmünü; ekonomik amaçlı ve verimli çalışmayı teşvik etmek gibi haklı bir nedene dayalı bir istisna hükmü olarak görmek gerekir. Kanun koyucunun vergi kanunlarında sosyal ve ekonomik amaçlı bir takım muafıklar ve istisnalar getirmesi tamamen kendi takdirine bağlı bir husustur."¹⁶⁷

Sosyal, mali ve teknik gerekler ölçütünün hukuki gerekçesinin, Anayasa'nın ilgili maddelerinde ifade edildiği üzere¹⁶⁸ devlete yüklenen ekonomik ödevlerin yerine getirilmesi olarak kabul edilebilir¹⁶⁹. Ancak artık burada söz konusu olan denetimin eşitlik ilkesinden ziyade, sosyal devlet ilkesine dayalı bir denetim olacağını belirtmek gerekir¹⁷⁰. Aynı şekilde, içeriği hukuki olmakla birlikte saptanış şekli itibarıyla toplumsal koşulların bir sonucu olarak ortaya çıkan kamu yararı ölçütü de eşitlik ilkesinden çok sosyal devlet ilkesiyle ilişkilidir. Sosyal devlet ilkesinin sınırları içerisinde kamu yararı ölçütü gözetilirken, kişisel yararın da adaletsiz, haksız ve ölçüsüz bir biçimde zedelenmemesine özen zorunluluğu olduğunu belirtmek gerekir¹⁷¹.

¹⁶⁵ AYMK 19.03.1987 gün ve E. 1986/5 K. 1987/7. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=761&content=.

¹⁶⁶ AYMK 27.01.1981 gün ve E. 1980/27 K. 1981/9. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=655&content=.

¹⁶⁷ AYMK 19.03.1987 gün ve E. 1986/5 K. 1987/7. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=761&content=.

¹⁶⁸ Md. 45, 166 ve 173.

¹⁶⁹ Yalıtı Soydan, s. 108.

¹⁷⁰ Yalıtı Soydan, s. 108, Saban (Vergi Affı), s. 461-463.

¹⁷¹ Kumrulu, s. 159.

C. Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Yönünden Değeri

Mali güce göre vergilendirme ilkesi, bir yandan yasama organına vergi sistemini düzenleyen kişilerin mali güçlerine göre vergilendirilmesi ödevini yüklerken (olumlu ödev), diğer yandan kişilerin mali güçlerini aşan vergi yükü yüklenmemesi ödevini (kaçınma ödevi) de öngörmektedir¹⁷². Yasama organına yüklediği olumlu ödev açısından, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğunu belirten hükümle birlikte yön gösterici bir değere sahip olan mali güce göre vergilendirme ilkesi¹⁷³, yasama organına yüklediği kaçınma ödevi açısından pozitif anayasa hukukunda değer taşımaktadır¹⁷⁴.

Mali güce göre vergilendirme bakımından kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmakla beraber, bu yetki Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabidir. Ancak bu denetim çok açık ihlaller için sınırlı durumlarda yapılabilir ve yerindelik denetiminden ince bir çizgiyle ayrılır¹⁷⁵. Mahkeme, vergi kanunlarını mali güce göre vergilendirme ilkesi açısından denetlerken bir yandan yasama organının bu konudaki takdir yetkisini, diğer yandan da iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliği ölçütlerini göz önünde bulunduracaktır¹⁷⁶. Buna karşılık, mali güce göre vergilendirme ilkesine çok açık bir biçimde aykırılık gösteren vergi kanunları somut olayın özelliklerine göre iptal edilebilecektir¹⁷⁷.” Örneğin; yasama organının mali güç ölçütünü göz önüne almadan vergi tekniğinin elverişli olması nedeniyle daha kolay kavranabilir kaynaklara, örneğin ücretlere yoğun biçimde yönelmesi Anayasa'ya ters düşebilecektir¹⁷⁸. Anayasa Mahkemesi, 1991/7 esas sayılı kararında kanun koyucunun vergiyi koyarken yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumunu göz önüne alacak bir sisteme uyması gerektiğini ifade etmiş, ancak böylesi bir sistemin hukuki ölçülerine birbirinden farklı kararlarında yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, öncelikle mali güç unsurunun açık bir direktif teşkil edecek şekilde kanunda yer alması ve bunu uygulayanların anlayışına ve yorumuna bırakılmaması gerekir; “...Kanundan önce de alındığı anlaşılan beççi ücretlerinin herkesin mali gücüne göre alınması yolunda bir örf ve teamülün kurulup kurulmadığı, bunun devam edip etmediği, ve kanunda hangi örf ve teamülün kastedildiği tartışmaya elverişli bir konudur. Başlı başına bu tartışma imkanı, Anayasa'nın 61. maddesinde mali yükümler için öngörülen mali güç unsurunun kanunda gözetilmediğini kabul için yeter bir nedendir. Zira bu unsurun açık bir direktif teşkil edecek şekilde kanunda yer alması ve bunun, uygulayanların anlayışına ve yorumuna bırakılması zorunludur.¹⁷⁹” Mahkeme'nin aksi yönde de bir kararı¹⁸⁰ olmakla birlikte, mali güce

¹⁷² Çağan, s. 200, Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 55, Karakoç, s. 347.

¹⁷³ Tanör, s. 102, Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 55, Karakoç, s. 348.

¹⁷⁴ Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 55, Karakoç, s. 348

¹⁷⁵ Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 55.

¹⁷⁶ Çağan, s. 202.

¹⁷⁷ AYMK 12.11.1992 gün ve E. 1991/7 K. 1991/43. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=968&content=.

¹⁷⁸ Çağan, s. 202.

¹⁷⁹ AYMK 26.10.1965 gün ve E. 1965/25 K. 1965/57. Erişim Tarihi : 17.10.2011. Erişim için bakınız; http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=158&content=.

göre vergilendirme ilkesi ile verginin kanuniliği ilkesi arasında doğrudan bir ilişki kurduğu “Bütün yönleri ile bir mali yüküm kanunda açık bir biçimde belirlenmemiş ise bu durum, kişilerin toplumsal ve ekonomik güçlerini ve hatta temel haklarını olumsuz yönde etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilir.¹⁸¹” demek suretiyle ifade edilmiştir.

Verginin konusu ve matrahıyla birlikte oranı da mali güce uygun olarak belirlenmelidir¹⁸². Vergi yükümlüsünün mali güce göre vergilendirilmesi, onun gerçek gelirin saptanmasını gerektirir¹⁸³. Bunun dışında, yükümlülerin kişisel durumlarının kanunda gözetilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁴.

Mali güce göre vergilendirme ilkesinin hukuki değeri ile ilgili bir sorun da sosyal amaç taşımayan vergi muaflık, istisna ve indirimlerinin Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi ve 73. maddesiyle ne derece bağdaşabileceğidir. Bir anlayışa göre, bu çeşit vergi kolaylıkları için tek ölçüt mali güçtür; dolayısıyla yatırımları ve ihracatı teşvik eden vergi kolaylıkları mali güç ölçütüyle çeliştiğinden Anayasa'ya aykırıdır. Gerçekten bu vergi tedbirlerden daha çok yüksek gelirliler yararlanabileceğinden mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırılık ortaya çıkacaktır. Ancak, teşvik tedbirleri sosyal devletin planlı kalkınmayı gerçekleştirme hedefi ile ilgili olduğundan kural olarak Anayasa'ya aykırı sayılmamalıdır. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, vergi teşvik ted-

¹⁸⁰ “...Her ne kadar salmaya ilişkin 3664 sayılı Kanunda modern vergi prensipleri yer almamış ve mali gücü belirtecek maddi ölçüler gösterilmemiş ise de bu kanunu uygulayacak olan köy ihtiyar meclislerinin okuma, yazma durumları ve köyde oturan yurttaşların her birinin mülkü ve arazisi, hayvanları ve tarımı yani gelir sağlayacak araçları hakkındaki kesin bilgileri göz önüne alındığı takdirde modern vergi prensiplerinin ve mali gücü belirtecek ölçülerin ayrıca kanunda gösterilmemiş olmasının uygulama bakımından bir eşitsizlik doğurmayaacağı...”AYMK 05.01.1965 gün ve E. 1963/198 K. 1965/1.

¹⁸¹ AYMK 27.01.1981 gün ve E. 1980/27 K. 1981/9.

¹⁸² “...Vergilendirmede, verginin konusu, matrahı kadar oranı da alınacak vergi yükünün, vergilendirmenin âdaletli, dengeli ve mali güce göre olması ilkesini doğrudan etkilemektedir. Yasa'da yükümlülerin mali gücünün saptanmasında en az sakınca taşıyan bir yöntemle verginin konusunun net aktif olarak benimsenmesi, net aktifin tanımı ve saptanan vergi oranları verginin, âdaletli, dengeli ve mali güce göre alındığını göstermektedir...”AYMK 13.07.1995 gün ve 1994/85 1995/32.

¹⁸³ “...Vergi yükümlüsünün mali gücüne göre vergilendirilebilmesi için, gerçek gelirin saptanması gerekir. Hayat standardı esasının temel nedeni, gerçek gelirin bulunmasına yardımcı yöntem olmasıdır. Bu yöntemle göre saptanan tutarın gerçek gelire (mali güce) olabildiğince yaklaştırılabilmesi için yükümlünün belli bir gelir tutarının karinesi sayılan “yaşam düzeyi”ni başka gelirlerle sağladığını kanıtlanmasına olanak vermesi gerekir. Oysa dava konusu kural vergilendirilmiş ya da vergi dışı bırakılmış bir çok geliri açıklama nedeni olarak kabul etmemektedir. Bu nedenle yükümlünün kendisine, eşine ve çocuklarına ilişkin vergilendirilmiş gelirin yalnız hayat standardı ek gösterge tutarının açıklanmasında kullanılması, temel göstergelerin açıklanmasında kullanılamaması ve yine yükümlünün kendisine ait emekli, dul ve yetim aylıklarının temel gösterge tutarının açıklanmasında kullanılabilmemesi, eşine ve çocuklarına ilişkin bu gelirlerin temel göstergelerin açıklanmasında kullanılamaması, vergiye tâbi olmayan bu gelirlerin dolaylı olarak yeniden vergilendirilmesi sonucunu da doğurmaktadır ... Öte yandan, bir kısım gelirleri açıklama nedeni olarak kabul edip aynı nitelikteki diğer gelirleri açıklama nedeni saymamak “vergide adalet” ilkesine de ters düşer.” AYMK 12.11.1991 gün ve E. 1991/7 K. 1991/43.

¹⁸⁴ “... Vergilendirilecek alanların seçimi ve vergi yükünün âdaletli ve dengeli dağılımı için yükümlülerin kişisel durumlarının yasalarda gözetilmesi gerekir...” AYMK 13.07.1995.gün ve E. 1994/85 K. 1995/32.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

birleri bakımından her somut olayı kendi özellikleri çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirmelidir¹⁸⁵.

Sosyal devlet kavramının bir uzantısı olduğundan, yargı organı için bir yorum kuralı özelliği de gösteren¹⁸⁶ mali güce göre vergilendirme ilkesi, yükümlüler açısından bakıldığında ise kamu giderlerine mali güç oranında katılma hakkı veya kamu giderlerine mali gücü aşan bir şekilde katılmaya zorlanmama ilkesinden söz edilebilir¹⁸⁷.

D. Gelir ve Servetin Yeniden Dağılımı Yönünden Değeri

Sosyal devlet ilkesinin, gelir ve servetin yeniden dağılımı açısından hukuken yön gösterici değeri vardır. Daha önce de ifade edildiği gibi, gelir ve servetin yeniden dağılımında mali güç ölçütlerinin daha yoğun kullanılması söz konusudur. Dolayısıyla gelir ve servet dağılımını olumsuz yönde etkileyen kanunlar öncelikle mali güce göre vergilendirme ilkesiyle çelişir ve bu açıdan yargısal denetime tabi tutulabilir¹⁸⁸.

Mali güce göre vergilendirme ilkesine göre gelir ve servetin yeniden dağılımı konusunda daha geniş takdir yetkisine sahip olan yasama organının bu yetkinin kullanımındaki sınırı "hakkın özü"dür. Ulusal gelir ve servetin yeniden dağılımına yönelik vergi kanunları düzenlenirken temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına dikkat edilmesi ve ölçülü olunması bir zorunluluktur. Aksi takdirde, sosyal devlet ilkesinin bir gereğine uymaya çalışılırken hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi olasılığı ortaya çıkabilir¹⁸⁹.

SONUÇ

Sosyal devlet ilkesinin temel amaçlarından olan sosyal adaletin vergilendirme alanındaki görünümü vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, vergi yükünün adaletli ve dengeli sağlanabilmesi için vergilendirmede genellik, eşitlik, ve mali güce göre vergilendirme ilkelerinin gözetilmesi gerekir. Anayasa'nın 73. maddesinde de "herkes ... vergi ödemekle yükümlüdür." denilmek suretiyle vergilendirmede genellik ilkesine yer verilmiştir. "Ödeme gücü olan herkesten" vergi alınması vergilendirmede adaletin sağlanmasının öncelikli gereğidir.

Vergilendirmede eşitlik ilkesi, yatay eşitlik ve dikey eşitlikle ifade edilir. Vergilendirmede yatay eşitlik, genellik ilkesiyle karşılanır. Vergilendirmede dikey eşitlikse, kişilerin mali güçlerine göre vergilendirilmeleri anlamındadır. Anayasa Mahkemesi, mali gücü bir yandan vergilendirmede eşitlik ilkesine ilişkin anayasal bir ölçüt olarak, öte yandan sosyal devletin vergilendirme alanındaki görünümü olan ve vergi adaletini ölçmeye yarayan anayasal bir vergilendirme ilkesi olarak yorumlamaktadır. Kanaatimizce, mali gücün vergilendirmede eşitliği sağlamada bir ölçüt olarak kabul edilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Nitekim; "Nihayet verginin mali güçle orantılı olmasının hukuki doğruluğu, sosyal amaçlı normlar alanında kontrol edilememektedir.

¹⁸⁵ Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 56, Karakoç, s. 350.

¹⁸⁶ Çağan, s. 201.

¹⁸⁷ Tanör, s. 102, Karakoç, s. 351.

¹⁸⁸ Çağan, s. 204, Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 56, Karakoç, s. 351.

¹⁸⁹ Çağan, s. 204, Öncel-Kumrulu-Çağan, s. 56, Karakoç, s. 351.

Çünkü hukuk, ne zaman “doğru” artan oranlılığın söz konusu olduğunu, zenginlik ve fakirliğin “doğru” şekilde dengelendiğini veya ekonominin vergi kolaylıkları ve özel yükümlenmeler yoluyla “doğru” şekilde yönlendirildiği sorularına cevap verememektedir. Bu sorular, ekonomi ve topluma genellikle yarardan çok zarar veren politikanın ve daha kötü durumlarda ise ideolojinin konularıdır.¹⁹⁰

Diğer yandan Anayasa’da özel bir ölçüt öngörülmüşken, Mahkeme’nin farklı ölçütlere göre değerlendirme yapması da doğru görünmemektedir. Anayasa Mahkemesi’nin anayasal anlamda vergilendirmede eşitsizliği meşrulaştıran haklı neden ve kamu yararı kavramlarını da devlete yüklenen ekonomik ödevlerin yerine getirilmesiyle somutlaştırması ve ilgili denetimin eşitlik ilkesinden ziyade sosyal devlet ilkesine dayalı bir denetim olduğunu vurgulaması bize göre daha yerindedir. Ancak her durumda, kişisel yararın da adaletsiz, haksız ve ölçüsüz bir biçimde zedelenmemesine özen zorunluluğu olduğunu belirtmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, artan oranlı vergilendirme, en az geçim indirimi, sermaye iratlarının ücretlere göre farklı vergilendirilmesi, çeşitli istisna ve muafiyetlere ilişkin uygulamaları vergi yükünün adalete uygun ve sosyal amaçlı dağılımının aracı konumundadır. İlgili bölümlerde yer verildiği üzere, öngörülen her araca ilişkin lehte ve aleyhte görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce, en az geçim indirimi uygulaması, gelir dağılımında adaletin sağlanması ve yoksulluk sorununun ortadan kaldırılması için genel bir servet vergisi alınması, fırsat eşitliğini sağlamak adına özellikle engellilik gibi kendiliğinden varolan bir takım aleyhe durumların göz önünde bulundurulması suretiyle muafiyetlere yer verilmesi sosyal adaletin sağlanması bakımından yerindedir. Bununla birlikte artan oranlı vergilendirmenin, uygulama bakımından daha karışık ve maliyetli olması, büyüme ve kalkınma hızını olumsuz yönde etkileyebileceği ve vergi kaçakçılığı eğilimlerini arttırabileceği göz önünde bulundurulduğunda sosyal devlet ilkesi açısından da etkililiğini tartışılabilir hale getirmektedir. Nihayetinde düz oranlı vergilendirmenin de vergilendirmede dikey eşitlik ilkesi açısından uygun olmadığını söylemek mümkün değildir. Bunun dışında sosyal devletin, sosyal adaleti sağlamakla birlikte diğer yükümlülüklerini de sağlıklı bir biçimde yerine getirebilmesi için gelir kaynağı olarak da vergilendirme yetkisini kullandığını unutmamak gerekir.

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYMK	Anayasa Mahkemesi Kararı
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
İMD	İktisat ve Maliye Dergisi
İÜİFM	İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	madde
s.	sayfa

¹⁹⁰ Lang, s. 12.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

S.	Sayı
vd.	ve devamı
Vol.	Cilt

KAYNAKÇA

Akdoğan, Abdurrahman: Kamu Maliyesi, Gazi Yayınevi, 8. Bası, Ankara 2002.

Aldıkaçtı, Orhan: "Sosyal Devlet", Anayasa Yargısı 14, Ankara 1997, s. 79-85.

Aliiefendioğlu, Yılmaz: "Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları-Vergilendirmenin Yasallığı ve Vergilendirmede Adalet İlkesi", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.III, İstanbul 2003, s. 221-244.

Altay, Asuman-Özpençe Özay: "Türkiye'de Gelirin Yeniden Dağılımı ve Yoksullukla Mücadelede Vergi Politikaları", Vergi Dünyası, Nisan 2007, S. 308, s. 173-191.

Atar, Yavuz: Vergi Hukuku, Kuzucular Ofset, 2. Bası, Konya 1994.

Ateş, Leyla: Vergilendirmede Eşitlik, Derin Yayınları, İstanbul 2006.

Barnard, Catherine-Hepple Bob: "Substantive Equality", Cambridge Law Journal, Vol. 59 No. 3, November 2000.

Başaran, Funda: "Artan Oranlı Vergi Tarifesi, Verginin Mali Güçle Orantılı Olması İlkesinin Zorunlu Bir Sonucu mudur?", Prof. Dr. Adnan Tezel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 13, İstanbul 2000, s. 87-102.

Bell, Mark: "Equality and the European Union Constitution", Industrial Law Journal, Vol. 33 No. 3, September 2004.

Budak, Tamer: "Türk Vergi Hukukunda Vergi Adaleti:Anayasal Vergilendirme İlkeleri", Vergi Dünyası, Nisan 2007, S. 308, s. 205-221.

Bulutoğlu, Kenan: Türk Vergi Sistemi, Fakülteler Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1978.

Bursal, Nasuhi: Mali Bakımdan Gelir Mefhumu, İÜİFM, C. 12 No:1-2, İstanbul Ekim 1950-Ocak 1951, s. 18-40.

Çağan, Nami: Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982.

Çağan, Nami: "Türk Anayasası Açısından Vergilendirme Yetkisi", Anayasa Yargısı 2, Ankara 1986, s. 171-182 (Vergilendirme Yetkisi).

Çağan, Nami: "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", AÜHFĐ, Ankara 1982, C. 37 S. 1-4, s. 129-151, (Sosyal Hukuk Devleti).

Çeçen, Anıl: Adalet Kavramı, Turhan Kitabevi, Ankara 1993.

Çelik, Tüzün Binnur: Vergilendirmede Müdahale İlkesi, Gazi Kitabevi, Ankara 2001.

Daver, Bülent: Siyaset Bilimine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993.

Edizdoğan, Nihat: Kamu Maliyesi II, Hünkar Matbaası, Bursa 2000.

Erginay, Akif: Kamu Maliyesi, Savaş Yayınları, 16. Bası, Ankara 1998.

Fredman, Sandra: Discrimination Law, Oxford University Press 2002.

Galbraith, Richard Kenneth: İktisat Tarihi:Geleceğin Aynası Olarak Bugün, çeviren Günay Müfit, Dost Kitabevi, Ankara 2004.

Gerek, Şahnaz-Aydın, Ali Rıza: Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Gökbunar, Ali Rıza: Vergileme İlkeleri ve Küreselleşme, http://www2.bayar.edu.tr/iibf/maliye/sureyya_sakinc/docs/KamuMaliyesi/AliriZaGOKBUNAR-VergilemeIlkeleriveKuresellesme.pdf.

Gören, Zafer: “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, Anayasa Yargısı 14, Ankara 1997, s. 89-153.

Göze, Ayferi: Sosyal Devlet Sistemi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 7. Bası, Bursa 2009.

Gündüz, N. Kemal: “Verginin Anayasal Çerçevesi”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 78, 1995, s. 101-111.

Güneş, Gülsen: Verginin Yasallığı İlkesi, Alfa Yayınları, İstanbul 1998.

Heper, Fethi: Türkiye’de Servetlerin Vergilendirilmesi, İ.T.İ. Akademisi Basımevi, Eskişehir 1982.

Herekman, Aykut: Genel Vergi Kuramı, Kalite Matbaası, Ankara 1976.

Huber, Ernst Rudolf: Modern Endüstri Toplumunda *Hukuk Devleti* ve *Sosyal Devlet*, Çev. Tuğrul Ansay, AÜHFD, Ankara 1970, C. 27 S. 3-4, s. 27-51.

İnceoğlu, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 4 S. 11, 2006, s. 45-61.

İzveren, Adil: “Toplumsal Bir Aşama Olarak) Sosyal Devlet”, Danıştay Dergisi, S. 18-19, Ankara 1975, s. 32-43.

Kaneti, Selim: “Türk Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri”, İMD C. 36 S. 1, İstanbul 1984, s. 27-33.

Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 1993.

Karakoç, Yusuf: “Türk Hukuku’nda Vergi Kanunlarının Anayasa’ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, Anayasa Yargısı 13, Ankara 1996, s. s.249-373.

Karayılmazlar, Ekrem-Güran, Mehmet Cahit: Gelir Vergisinde Tarife Yapısı: Adalet ve Etkinlik Temelli Teorik Tartışmalar Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Analiz.

http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/60/2/6_ekrem_karayilmazlar_mehmet_cahit_guran.pdf.

Kıranoğlu, Tülin: “Vergi Adaleti, Vergi Sorunları Dergisi”, Mart 2003, S. 174, s. 129-143.

Kırbaş, Sadık: Vergi Hukuku, Siyasal Kitabevi, 14. Bası, Ankara 2002.

Koray, Meryem: Sosyal Politika, Ezgi Kitabevi, Bursa 2000.

Kumrulu, Ahmet, “Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri”, AÜHFD, C. 36 S. 1-4, Ankara 1979, s. 147-162.

Lang, Joachim: “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, çeviren Funda Başaran, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Anayasal Mali Düzen, 14-16 Mayıs 1998, M.Ü.Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No:12, İstanbul 2000, s. 3-64.

Luchaire, François: “Sosyal Devlet ve Sosyalist Devlet, Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” (Uluslararası Seminer), İstanbul 1982.

Nadaroğlu, Halil: Kamu Maliyesi Teorisi, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul 2000.

Neumark, Fritz: “Umumi Gelir Teorisi Problemleri”, İÜİFM, C. 5 No:3-4, İstanbul Nisan Temmuz 1944, s. 243-273.

Öden, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Öncel, Mualla-Kumrulu, Ahmet-Çağan, Nami: Vergi Hukuku, 11.Bası, Ankara 2004.

Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara 2010.

Pamak, Mehmet: “Sosyal Adalet Açısından Türk Gelir Vergisinde En Az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensibi”, Maliye Enstitüsü Konferansları, Seri: 24 1975, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978, s.187-229.

Saban, Nihal: Vergi Hukuku, Der Yayıncılık, İstanbul 2004.

Saban, Nihal: “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, Anayasa Yargısı 18, Ankara 2001 (Vergi Affı), s. 451-475.

Savaş, Vural: İktisatın Tarihi, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1998.

Soydan, Yalıtı Billur: “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta:Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük, ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 119, Ağustos 1998, s. 98-118.

Tan, Turgut: “Türkiye’de Planlamanın Bazı Hukuki Sorunları”, Danıştay Dergisi, Sayı: 18-19, Ankara 1975, s. 44-55 (Planlama).

Tan, Turgut: “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Yargısı 7, Ankara 1990, s. 161-178.

Tanör, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul 1978.

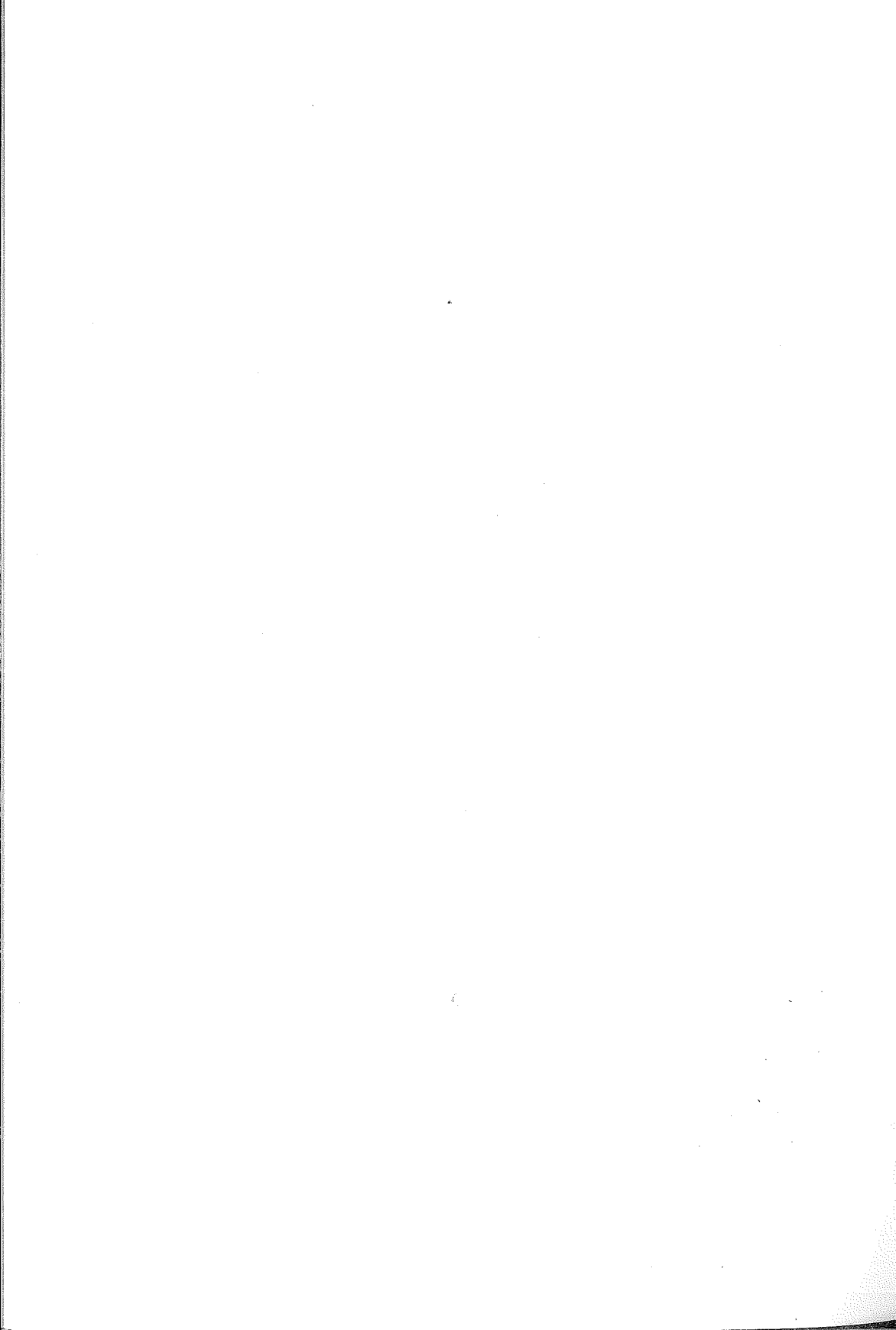
Tuncer, Selahattin: Vergi Hukuku ve Uygulaması, Yaklaşım Yayınevi, Ankara 2003.

Turhan, Salih: Vergi Teorisi ve Politikası, Fakülteler Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1998.

Türk, İsmail: Kamu Maliyesi, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 1999.

Türkçe Sözlük: Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1983.

Yiğit, Uğur: Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2008.



TÜRK ANAYASA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ÇEVRE HAKKI (ENVIRONMENTAL RIGHTS ACCORDING TO TURKISH CONSTITUTIONAL LAW)

Araş. Gör./ Res. Asst. Tefik Sönmez KÜÇÜK*

ÖZET

Bu makalede Türk Anayasa Hukuku çerçevesinde çevre hakkı incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle çevre hakkının anayasal düzlemde tarihsel gelişimine değinilmiş ve mevcut düzenlemenin sorunları ve bunların çözümüne ilişkin önerilere yer verilmiştir. Makalenin son kısmında ise, konuya ilişkin Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararları da incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çevre hakkı, sosyal hak, dayanışma hakları, Anayasa, Danıştay, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

In this essay, environmental rights within the context of Turkish Constitutional Law are analyzed. Historical developments and current regulatory problems are examined, and solutions are offered. In the paper's conclusion, Council of State and Constitutional Court's decisions concerning environmental rights are discussed.

Keywords: Environmental rights, social rights, constitution, solidarity rights, Council of State, Constitutional Court.

I. Giriş

Geçtiğimiz yüzyıl içinde yaşanan ve yaşamımızı derinden etkileyen ekonomik, siyasi ve sosyolojik olaylar, pek çok kavramın yeniden sorgulanmasına yol açmıştır. Özellikle bu dönemin ilk yarısına varmadan yaşanan acı tecrübeler, geçmişi iki bin yıldan eskiye dayanan “*insan hakları*” kavramını tekrar tartışmaya açmış ve bu alanda yeni kuşak insan haklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Dayanışma hakları olarak da adlandırılan barış, gelişme, insanlığın ortak malvarlığına saygı ve çevre hakkı, diğer temel hak ve hürriyetlerin gelişimi için gerekli zemini hazırlama görevini üstlenmiştir.

İşte, yeni kuşak insan haklarından olan çevre hakkı da, özellikle 70’li yılların başında artan çevre kirliliği ile birlikte dikkatleri üzerine çekmiştir. Dünya anayasalarında çevresel değerlerin korunmasına yönelik genel eğilim ülkemizi de etkilemiş ve yavaş yavaş toplumun belirli bir kesminde, çevrenin korunmadan diğer temel hak ve hürriyetlerin teminatının tam olarak sağlanamayacağı inancı yerleşmeye başlamıştır. İşte, söz konusu çalışma kapsamında da Türk Anayasa Hukuku çerçevesinde çevre hakkının bu gelişim süreci ve mevcut konumu incelenecektir. Ancak bu bağlamda cevaplanması gereken temel soru çevre hakkının anayasal çerçevede düzenlenmenin

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sonmez83@hotmail.com

ne gibi faydaları beraberinde getirdiğidir. Bu soru yanıtlandıktan sonra, çevre hakkının ülkemizdeki hukuki ve fiili durumuna ışık tutulması gerekmektedir. Bu bağlamda, herşeyden önce 1961 Anayasası çerçevesinde çevre hakkının incelenmesi ve bu anayasanın çevresel değerlere yaklaşımının irdelenmesi gerekmektedir. Yürürlükteki 1982 Anayasasının sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını düzenleyen 56. maddesi de söz konusu çalışma bakımından önem arz eder. Bu kapsamda çevre hakkının, 1982 Anayasasında düzenlendiği yer, hukuki niteliği, kapsamı ve nihayet özellikleri ayrıntılı incelenecektir. Çevre hakkının düzenlenme biçimine yönelik eleştiriler ile hakkın gelişimi için gerekli olan çözüm önerilerine değinildikten sonra anayasanın çevreye ilişkin diğer hükümleri aktararak mevcut anayasamızın çevreye bakış açısı tespit edilecektir. Ancak, Türkiye’de çevre hakkının evrimi hakkında tam bilgi sahibi olmak amacıyla gündemdeki anayasa önerileri kapsamında da çevre hakkının mercek altına alınması gerekmektedir. Bundan dolayı, Türkiye Barolar Birliği’nin hazırlamış olduğu anayasa önerisi ile Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) hükümetinin anayasa önerisinin çevresel değerlere ilişkin hükümleri aktarılacaktır. Nihayet, söz konusu çalışmanın son bölümünde çevre hakkının fiili uygulamasını tayin etmek amacıyla konuya ilişkin yargı kararları üzerinde durulacaktır.

II. Çevre Hakkının Anayasal Çerçeve de Düzenlemenin Faydaları

Çevre hakkının anayasal çerçevede tanınması gerekliliğine ilişkin öğretide iki görüş bulunmaktadır. İlk görüş taraftarları, çevre hakkının anayasalarca mutlaka düzenlenmesi gerektiğini savunur¹. Aslında hukuki uygulama da bu fikri destekler biçimde şekillenmiştir. Gerçekten, çevre hakkının anayasalar tarafından koruma altına alınıp geliştirilmesine ilişkin dünya anayasalarında genel bir eğilim bulunmaktadır². Çevre hakkının anayasal çerçevede düzenlenmesinin pek çok yararının bulunduğu ileri sürülebilir.

Anayasal düzenlemenin, her şeyden önce yasa koyucu üzerinde çevreyi koruyucu ve geliştirici hükümler tesis etmek için bir hukuki yönlendirme işlevi göreceği ve yasa yapıcıyı bu konuda anayasal yükümlülük altına sokacağı savunulabilir³. Bu durumun pratik sonucu, çevrenin daha etkin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin kapsamlı bir mevzuatın ortaya çıkması şeklinde kendisini gösterecektir. Anayasal düzenlemenin diğer bir yararı ise, çevre hakkıyla başkaca anayasal hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine daima imkân verilebilmesidir⁴. Gerçekten, çevre hakkının sadece yasalar nezdinde tanınması, bu hakkın kullanılmasına engel oluşturabilecek olan ve aynı zamanda da anayasal düzeyde koruma altına alınan diğer temel hak ve hürriyetlere (Örn. Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti) çevre hakkının feda edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Çevre hakkının anayasaca tanınmasının diğer bir olumlu yönü ise, çevresel değerlere ilişkin idareye veya yargıya intikal eden bir olayda, ulusal mevzuatta somut hüküm bulunmaması durumunda, çevreye ilişkin anayasal hükümlerin yargıçlara ve yöneticilere yol gösterici kabiliyete

¹ Nükhet Turgut, *Çevre Politikası ve Çevre Hukuku*, İmge Yayınevi Yay., Ankara, 2009, s.73.

² *İbid.*, s.73.

³ İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.41; Nihan Yancı, “Çevresel Bilgilendirme Hakkı”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2004, s.102-103.

⁴ Nükhet Turgut, *Çevre Politikası ve Çevre Hukuku*, İmge Yayınevi Yay., Ankara, 2009, s.75.

sahip olabilmesidir⁵. Nihayet, çevre hakkının diğer anayasal hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi için uygun ortamı yaratması fonksiyonu göz önünde tutulduğunda, çevre hakkının anayasal çerçevede koruma altına alınması, bu hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi için bir güvence teşkil edecektir. Bu noktada, hak ve özgürlüklerin sınıflandırmaya tabii tutulmasının aralarında belirli bir ilişki olmadığı anlamına gelmediği ifade edilmelidir⁶. Bu husus, en çok çevre hakkının diğer hak ve özgürlüklerle bağlantısında ortaya çıkar. Zira kirli veya ekolojik dengenin bozulduğu bir çevrede kişilerin hak ve özgürlüklerini tam olarak kullanamayacakları hususunda şüphe yoktur. Hakların ve özgürlüklerin ancak yaşanabilir ve sağlıklı bir çevrede kullanılabileceği gerçeği hiçbir zaman gözden kaçırılmamalıdır.

Yukarıda açıklanan fikrin aksine öğretilde, çevre hakkının anayasal manada teminat altına alınmasının gereksiz olduğunu ve mevcut anayasa hükümleri kapsamında da çevrenin korunup, geliştirilebileceğini savunup, çevre hakkının yasalar nezdinde tanınmasının yeterli olacağını belirtenler de bulunmaktadır⁷. Bu görüşün dayandığı temel gerekçe, çevre hakkının başta yaşam ve sağlık hakkı olmak üzere anayasalarda düzenlenmiş pek çok temel hak ve özgürlük ile bağlantı kurularak güvence altına alınabilmesinin mümkün olduğudur. Ancak anayasal düzenlemenin sağladığı faydalar karşısında bu görüşe katılmak zordur.

III. 1961 Anayasası Çerçevesinde Çevre Hakkı

1961 Anayasasında çevre hakkına ilişkin doğrudan bir hüküm yer almamaktadır. Ancak bu durumu, o zamanın koşulları da dikkate alındığında, anayasanın bir eksikliği olarak değerlendirmek haksız bir eleştiri oluşturacaktır. Zira 60'lı yıllarda yürürlükte olan dünya anayasaları incelendiğinde, çevre hakkının anayasalarda bağımsız bir hak olarak, ayrı bir anayasa maddesi çatısı altında düzenlenmediği, daha doğru bir ifade ile devletlerin, çevresel değerleri doğrudan anayasal koruma altına almaya ilişkin bir eğilimi olmadığı anlaşılabacaktır⁸.

Çevre hakkının anayasaca doğrudan tanınmamasının, çevresel korumanın anayasanın başkaca maddeleri tarafından dolaylı olarak sağlanmadığı anlamına gelmediği

⁵ İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.41; Nihan Yancı, a.g.e., s.103.

⁶ İ. Güneş Gürseler, "Çevre Hakkı ve Anayasa", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, Sayı 75, s.200; Konuyla ilgili 1968 tarihli Tahran Metninin 13. maddesinin tercümesi için bkz. E. Yasemin Özdek, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yay., Ankara, 1993, s.100, dipnot 237.

⁷ Nühket Turgut, *Çevre Politikası ve Çevre Hukuku*, İmge Yayınevi Yay., Ankara 2009, s.73.

⁸ Burhan Kuzu, *Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı (Çevreye Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı)*, Fakülteler Matbaası Yay., İstanbul, 1997, s.148. 60'lı yıllarda dünya anayasalarında çevreye ilişkin anayasal düzenleme hususundaki önemli bir istisna 1968 tarihli eski Demokratik Alman Cumhuriyeti Anayasasının 15. maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre: "Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin toprağı Devletin değerli, doğal zenginliklerindedir. Bu toprağın korunması ve akla uygun bir şekilde kullanılması zorunludur. Tarım ve orman arazilerinden ticari olarak yararlanılan alanlar sadece ilgili sorumlu makamın icazeti ile amacı dışında kullanılabilir." İkinci fıkra çevrenin korunmasına ilişkin daha somut hükümler içermektedir. Bu fıkraya göre: "Vatandaşların refahı hususundaki menfaat doğrultusunda Devlet ve toplum doğanın korunmasını gözetir. Su kaynaklarının ve havanın temiz tutulması, flora ve fauna ile manzarılı güzel arazilerin korunması yetkili organların olduğu kadar her vatandaşın görevidir."

belirtilmelidir. Bu kapsamda çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine hizmet eden en önemli maddelerden biri olarak kişi dokunulmazlığını düzenleyen Anayasanın 14. maddesi örnek gösterilebilir⁹. Bu maddeye göre: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir”. Bilindiği üzere; yaşam hakkı, devletin kural olarak müdahale yetkisinin bulunmadığı, hakkın icrasında gölge etmemesi gerektiği negatif statü haklardandır. Ancak yaşam hakkının bu niteliği, özellikle 20. yüzyılın ilk yarısından sonra anlamını kaybetmeye başlamıştır. Böylece, hakkın tam teminatı sadece “hareketsizlik” ile sağlanamamış, devletin ayrıca bu alanda pozitif edimde bulunma yükümlülüğü ortaya çıkmaya başlamıştır¹⁰. Yaşam hakkıyla korunan hukuki değer, kişinin salt yaşamını idame ettirmesi ve bu sırada da devletin müdahale etmemesi olarak algılanmamalıdır. Dikkat edilmesi gereken; kişinin belirli bir yaşam standartına uygun olarak yaşamına devam edebilmesinin devlet tarafından temin edilmesidir. Böylece, devletin amacı, vatandaşının sadece yaşamasını sağlamak değil, aynı zamanda bu yaşamın belirli bir kalitede olmasına hizmet etmektir. Yaşam hakkının ise, yalnızca sağlıklı ve dengeli bir çevrede anlam ifade edeceği hususunda şüphe yoktur¹¹. Bu bağlamda, çevre hakkının yaşam hakkını güçlendirici bir işleve sahip olması önem arz eder¹².

Aslında yaşam hakkıyla çevre hakkı arasındaki bu sıkı bağlantıya Anayasa md. 2’de geçen sosyal devlet ilkesi üzerinden ulaşmak da mümkündür. Bilindiği üzere; sosyal devlet en geniş anlatım ile “vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı ödev bilen devlettir”¹³. Bir devletin sosyal devlet olarak adlandırılabilmesi için bir takım koşulların sağlanması zorunludur. Bu zaruri şartlardan birini, devletin, herkesin insan haysiyetine ve onuruna yakışır asgari bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler alması oluşturur¹⁴. Gerçekten, insan haysiyetinin korunmadığı, kişinin sosyal ve ekonomik açıdan belirli bir asgari standart yaşam düzeyinde yaşamını sürdüremediği devlet, sosyal devlet olarak adlandırılmaz. Bu kapsamda çevre hakkının rolü işlevseldir. Yaşam kalitesinin belirli bir sınırdan tutulması ise, ancak kişinin yaşadığı ortamın sağlıklı ve dengeli olmasıyla gerçekleşecektir. Bundan dolayı, çevre hakkı aslında sosyal devlet ilkesinin bir parçasını oluşturmaktadır.

Ayrıca, 1961 Anayasasının 10. maddesinin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına hizmet ettiği ileri sürülebilir. Bu maddeye göre, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlayan devlet, hiç şüphesiz insanın gelişmesi için gerekli olan elverişli ortamı hazırlamakla da yükümlüdür. Aksine yorumun, gerek maddenin ruhuna gerekse de sosyal devlet anlayışına aykırı olacağı konusunda şüphe yoktur.

⁹ Burhan Kuzu, a.g.e., s.149.

¹⁰ Nükhet Turgut, “Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yay., 2006, s.23.

¹¹ *İbid.*, s.23., Burhan Kuzu, a.g.e., s.184. E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.94.

¹² E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.95.

¹³ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, [k.y.], İstanbul, 1987, s.178.

¹⁴ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2001, s.128; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yay., Konya, [t.y.], s.107; Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2006, s.207.

Bu hükümlerin dışında çevre hakkıyla bağlantı kurulabilecek diğer hükümler arasında mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı olarak kullanılmasını yasaklayan Anayasa md. 36 önem arz etmektedir. Zira şüphe yoktur ki; çevre sağlığını olumsuz yönde etkileyecek bir müdahale, kamu yararına da aykırılık teşkil edecektir. Kamu yararı her zaman çevresel değerlerin korunması yönündedir. Aynı şekilde, devletin toprağın kaybolmasını engellemekle mükellef olduğunu ifade eden 52. madde; doğal kaynak ve zenginliklerin devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu düzenleyen 130. madde ve nihayet devletin ormanlık alanların korunması ve geliştirmesi konusunda yasal düzeyde gerekli tedbirleri alması gerektiği ile ormanlara zarar verilemeyeceğini hükme bağlayan 131. madde, 1961 Anayasasında çevrenin korunup, geliştirilmesine ve çevre hakkının oluşmasına zemin hazırlayan maddelere örnek olarak gösterilebilir.

Öğretideki hâkim görüş ise, yukarıda bahsolunan hükümlerin dışında, çevre hakkı ve çevresel sorunlarla mücadelede dayanak teşkil eden asıl anayasal hükmün 1961 Anayasasının 49. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı olduğunu savunmuştur¹⁵. Diğer bir ifade ile 70'li yıllara kadar çevre hakkının çoğunlukla, sağlık hakkının bir parçası olduğu kabul edilmiştir¹⁶. Böylece, devletin anayasada düzenlenmiş olan sağlık hakkının gereklerini yerine getirmesi, çevre kirliliği ve tahribatıyla mücadele etmesine bağlı olduğu ileri sürülmüştür¹⁷. Bu görüş taraftarlarına göre, çevresel sorunlar insan sağlığına etki eder ve bundan dolayıdır ki; sağlıklı ve dengeli çevre, sağlık hakkının teminat altına alınabilmesi için vazgeçilmezdir¹⁸. Ancak sağlık hakkıyla çevre hakkı arasında kurulan bu bağlantının isabetli olmadığı ileri sürülebilir. Sağlık hakkının kullanılabilmesi için sağlıklı ve dengeli bir çevrenin şart olduğu yerinde bir tespittir. Ancak çevre hakkını bu hakkın bir unsuru olarak görmek, maddenin amacını aşan bir yorum olarak değerlendirilebilir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere; çevrenin sağlıklı ve dengeli olması yalnızca sağlık hakkı değil, tüm temel hak ve özgürlüklerin varlığını koruyup geliştirebilmesi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Hal böyle iken, sağlıklı ve dengeli bir çevreyi sadece sağlık hakkının ön koşulu gibi değerlendirmek eşyanın tabiatına aykırılık teşkil eder. Kaldı ki, hakların nitelikleri de tamamen farklıdır. Gerçekten, sağlık hakkı, hakkın muhatabından talepte bulunma hakkı vermesi nedeniyle tipik bir sosyal hak işlevi öngörür. Sağlık hakkında hakkın sujesi, muhatabından kendi sağlıklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınması hususunda istemde bulunur. Burada talebin kaynağı birey olduğundan sağlık hakkı bireysel hak niteliği taşımaktadır¹⁹. Oysaki çevre hakkının süjesini sadece birey değil, topluluklar, devlet ve gelecek nesiller oluşturur²⁰. Ayrıca çevre hakkının, içerisinde zorunlu

¹⁵ Yusuf Güneş ve Aynur Aydın Coşkun, *Çevre Hukuku*, Kazancı Kitap Yay., İstanbul, 2004, s.58; Burhan Kuzu, a.g.e., s.150; İ. Güneş Gürseler, "Çevre Hakkı ve Anayasa", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı 75, s.202; İ. Güneş Gürseler, "Türkiye'de Çevre Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/3, s.819.

¹⁶ Nihan Yancı, a.g.e., s.38.

¹⁷ Burhan Kuzu, a.g.e., s.150.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.98-99; Burhan Kuzu, a.g.e., s.187.

²⁰ Burhan Kuzu, a.g.e., s.187; İ. Güneş Gürseler, "Çevre Hakkı ve Anayasa", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı 75, s.206.

olarak çevrenin korunması ve geliştirilmesi ödevini barındırdığı unutulmamalıdır²¹. Bu bilgiler çerçevesinde, 70'li yıllara kadar olan dönem için, çevre hakkını yaşam hakkının bir unsuru olarak değerlendirmenin daha yerinde bir yorum olacağı ifade edilmelidir. Gerçi bu yöndeki bir yoruma, yaşam hakkıyla çevre hakkının niteliklerinin de farklı olduğu savıyla karşı çıkanlar olabilir. Ancak bu noktada göz önünde tutulması gereken husus, çevre hakkı tüm hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi için nasıl vazgeçilmezse, yaşam hakkının da aynı işleve sahip olduğu meselesidir. Kaldı ki, çevrenin, en üstün düzeyde korunup, geliştirilmesi ile çevresel değerlerin başkaca hak ve özgürlüklere kurban edilmemesini sağlamak için, tıpkı yaşam hakkı gibi Anayasamızın Kişi Hak ve Özgürlükleri bölümünde düzenlenmesi gerektiği de savunulmuştur²².

IV. 1982 Anayasası Çerçevesinde Çevre Hakkı

1. Genel Olarak

20. yüzyılın son çeyreğine doğru çevre sağlığı üzerindeki tehditlerin ivme kazanması; çevresel hak ve ödevler üzerinde yapılan tartışmalara da hız kazandırmış ve bu kavramların ulusal hukuk mevzuatlarında yavaş yavaş yerini almaya başlamasına yol açmıştır²³. Gerçekten, 70'li yıllardan itibaren yeni bir anayasa hazırlayan veya mevcut anayasasında değişikliğe giden her bir devlet, anayasasında çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin ilkeleri kabul etmiş, bunu yaparken de anaysal hak veya ödev yoluna başvurmuştur²⁴. 1982 Anayasası da aynı şekilde dünya anayasaları üzerinde esen bu rüzgârdan nasibini almıştır. Ama, ülkemizde çevresel değerlere ilişkin doğrudan hükümlerin anayasamıza girişi toplumun tüm kesimlerinden gelen bir talep sonucu değil, bilimsel ve mesleki kuruluşların gösterdiği hassasiyet sonucu olmuştur²⁵.

Danışma Meclisi'nden çıkan metnin ilk halinde çevre hakkı, Taslağın 64. maddesinde "*Çevrenin Korunması*" başlığı altında, sağlık hakkından bağımsız bir biçimde düzenlenmişti. 64. madde: "*Herkes, dengeli ve sağlıklı bir tabii çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, her türlü çevre kirlenmesini önleyici ve tabii çevreyi koruyucu ve geliştirici önlemler alır*"²⁶ demektedir. Madde metninde ilk göze çarpan husus "*tabii çevre*" ifadesidir. Ancak çevreden sadece "*tabii çevre*" anlaşılmalıdır. Gerçekten, çevre kavramı doğal çevreyi aşan; kültürel ve tarihi zenginlikleri içinde barın-

²¹ Nühket Turgut, *Çevre Politikası ve Çevre Hukuku*, İmge Yayınevi Yay., Ankara, 2009, s.89.

²² İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.46.

²³ Arif Ali Cangı, "*Çevre Hakkı ve Çevre Korumanın Hukuksal Yolları*", İzmir Barosu Dergisi, 1999, Yıl: 65, s.53.

²⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, "*İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze)*", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 9, 1992, s.131; Nihan Yancı, a.g.e., s.102; Nühket Turgut, "*Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri*", Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yay., 2006, s.22-23; Avrupa Anayasaları arasında 1971 tarihli Anayasa değişikliği ile çevre hakkını düzenleyen ilk devlet İsviçre'dir (İsviçre Anayasası md. 24 /fıkra 7). Devletin çevrenin korunması ve geliştirilmesi hususundaki görevine yer veren ilk devlet ise Yunanistan'dır (Yunanistan Anayasası md.24). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Atilla Özer, "*Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1988, Cilt: 55, s.80.

²⁵ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.130.

²⁶ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.9, B: 137, O:1, 27.8.1982, s.19.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

dıran bir özelliğe sahiptir²⁷. Dönemin Anayasa Komisyonu Başkanı kendisine getirilen eleştiriler yönünde, maddenin ilk cümlesinde kullanılan “*tabii*” kelimesini metinden çıkarmış ve bu şekilde doğal-yapay çevre ayrımının sağlandığını ifade etmiştir²⁸.

Metinde göze çarpan diğer bir nokta, çevreyi korumak ve geliştirmek ödevinin sadece devlete yükletilip, toplulukların ve vatandaşların bu sırada ihmal edilmesidir²⁹. Bu yöndeki bir düzenleme, özellikle Türkiye gibi çevre bilincinin tam olarak gelişmediği ülkelerde çevresel değerlerin korunmasında ve geliştirilmesinde olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu bağlamda, vatandaşlar ve topluluklar, “*Nasılsa Devlet çevreyi korur*” fikrine kapılarak çevreyi korumak ve geliştirmek hususunda gayret göstermeyebilirler³⁰. İşte, Taslağın Danışma Meclisi’nden çıkan halinde çevre hakkı böyle düzenlenmişken, Milli Güvenlik Konseyi, madde metninde önemli bir değişikliğe gitmiş ve Anayasa md. 56’da çevre hakkını şu şekilde düzenlemiştir: “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşın ödevidir*”.

2. 1982 Anayasasında Çevre Hakkının Yeri

Çevre hakkı, 1982 Anayasasında “*Temel Haklar ve Ödevler*” kısmında “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlığı altında, sağlık hakkıyla birlikte Anayasa md. 56’da düzenlenmiştir. Böylelikle, çevre hakkı, anayasa koyucu tarafından müstakil bir maddede düzenlenmediği gibi, dayanışma haklarından olmasına karşılık anayasanın sosyal haklar bölümünde konumlandırılmıştır. Ama çevre hakkının anayasada düzenlendiği yer, anayasanın bir eksikliği olarak yorumlanmamalıdır. Zira o dönemde çevresel değerleri hak veya ödev biçiminde koruma altına anayasalardan hiçbirisi dayanışma haklarını ayrı bir kategori olarak anayasal düzeyde tanımamış, bunun yerine çevre sağlığının korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin anayasal düzenlemeler ekonomik, sosyal ve kültürel haklar çatısı altında yer almıştır³¹. Çevre hakkının, anayasanın sosyal haklar bölümünde düzenlenmesinden hareket edilerek, anayasanın çevre hakkını, sosyal hak olarak gördüğü ileri sürülebilir. Ayrıca anayasa koyucu, yukarıda da ifade edildiği üzere; çevre hakkını tipik bir sosyal hak olan sağlık hakkı birlikte düzenlemiştir. Bu durumun da, çevre hakkının bir sosyal hak olduğuna dair fikri desteklediği iddia edilebilir³². Kaldı ki, Anayasa md. 56’nın gerekçesi: “*Çevre korunmasının ... önemi ve son yıllarda kazandığı boyutlar, ferde devlete karşı dengeli ve sağlıklı çevrede yaşama yolunda bir sosyal hak tanınmasını zorunlu kılmaktadır*”³³ demektedir.

Ancak tüm bu gerekçeler çevre hakkının aslında bir sosyal hak olduğunu kanıtlamaz³⁴. Zira sosyal hakların icrasında devletin rolü işlevseldir. Şöyle ki: Devlet, sos-

²⁷ Burhan Kuzu, a.g.e., s.157.

²⁸ *İbid.*, s.153.

²⁹ *İbid.*

³⁰ İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.42.

³¹ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.124; Burhan Kuzu, a.g.e., s.190; Can Hamamcı, “*Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler*”, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE Yay., C.5–6, 1983–1984, [y.y], s.176.

³² E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.124–125; Burhan Kuzu, a.g.e., s.189.

³³ Atilla Özer, *Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara, 1996, s.256.

³⁴ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.125; Burhan Kuzu, a.g.e., s.190.

yal hakların tam olarak yerine getirilebilmesi için pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde ya hakların icrasının önündeki engelleri kaldıracak ya da hareketsiz kalmak suretiyle hakların sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesini temin edecektir³⁵. Dolayısıyla, sosyal haklarda birey sadece hakkın icrası hususunda “*talep eden*” kişi konumundadır. Oysa çevre hakkının içeriği farklıdır. Gerçekten, Anayasa md. 56’da koruma altına alınan çevre hakkında hak ve ödev kavramları ayrılmaz bir bütün teşkil eder³⁶. Böylelikle, vatandaşların çevrenin korunup, geliştirmesinde sahip olduğu yükümlülük, çevre hakkını tipik sosyal haklardan ayırır³⁷. Vatandaş, çevrenin korunmasını ve gelişimini sadece devletten talep etmeyecek, kendisi de bu hususun sağlanması için gerekli tedbirleri alacaktır. Ayrıca, sosyal hakların sujelerini özellikle toplumsal eşitsizlikler ve yoksunluklar içinde bulunan, sosyal adaletten gerekli payı alamayan kesimler oluşturur³⁸. Ancak çevre hakkında durum tamamen farklıdır. Çevre hakkının öznesi herkeştir. Öyle ki bu kapsama sadece bugünkü kuşaklar değil, gelecek nesiller de dâhildir³⁹. Çevre hakkının bir an için, anayasanın siyasi haklar bölümünde düzenlendiği düşünülün. Bu halde, içerik itibarıyla siyasi haklarla hiçbir benzerliği olmayan çevre hakkının, sırf düzenlendiği yer nedeniyle bir siyasi hak olduğunu iddia etmek nasıl işin tabiatına aykırı ise⁴⁰, benzer durum çevre hakkının sosyal haklar bölümünde düzenlenmesi hali için de geçerlidir. Kısacası, çevre hakkı; her ne kadar sosyal haklar bölümünde düzenlenmiş dahi olsa; hakkın icrası için “*herkes*”in aktif katılımı gerektiğinden ve dayanışma haklarının tipik özelliklerinden olan yaşam hakkına hizmet etme işlevi olduğundan⁴¹, aslında “*dayanışma haklarının ruhuna uygun*” bir özellik göstermektedir⁴².

3. 1982 Anayasasında Çevre Hakkının Hukuki Niteliği

Öğretide, çevre hakkının hukuki niteliği bakımından yapılan tartışmalar, bu hususta fikir birliği bulunmadığını kanıtlar niteliktedir. Bir görüşe göre, Anayasanın 56. maddesinde düzenlenen çevre hakkı program hüküm niteliğine sahiptir⁴³. Diğer görüş taraftarları ise, çevre hakkının gerçek anlamda bir norm olmadığına ilişkin savın yerinde olmadığını ve bu anayasal hükmün yasa koyucuyu yönlendirici işlevden daha öte bir

³⁵ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2002, s.182–183.

³⁶ Nühket Turgut, *Çevre Politikası ve Çevre Hukuku*, İmge Yayınevi Yay., Ankara, 2009, s.89.

³⁷ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.125.

³⁸ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.182.

³⁹ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.108; İ. Güneş Gürseler, “*Türkiye’de Çevre Hukuku*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/3, s.818; İ. Güneş Gürseler, “*Çevre Hakkı ve Anayasa*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı 75, s.201; İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.56.

⁴⁰ Burhan Kuzu, a.g.e., s.190.

⁴¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, “*İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze)*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 9, 1992, s. 132; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yay., İstanbul, 2006, s.297.

⁴² Can Hamamcı, a.g.e., s.177.

⁴³ Atilla Özer, “*Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1988, Cilt: 55, s. 82. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

anlama sahip olması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁴. Söz konusu tartışma ortaya çıkaracağı pratik sonuçlar bakımından önem arz eder. Bir kere, devletin pozitif edimde bulunma yükümlülüğü bulunduğu bir anayasal hakkın program hüküm olarak tanımlanması durumunda, kişilerin artık doğrudan doğruya bu hükme dayanarak dava açması söz konusu olmaz⁴⁵. Diğer bir ifade ile program hükümler, ancak yasa koyucu bu konuda bir düzenlemede bulunursa talep hakkı verir. Burada devletin ödevi hukuki olmaktan çok, siyasi niteliktedir⁴⁶. Oysaki subjektif kamu hakları bireylere bu hususta hiçbir düzenleme olmasa dahi, anayasanın ilgili maddesine dayanarak talep ve dava hakkı verir. Bu bilgiler ışığında, çevre hakkına yaklaşıldığında, Anayasa madde 56'da koruma altına alınan çevre hakkının subjektif kamu hakkı olduğu sonucuna ulaşılabılır. Zira çevre hakkının sujesi, konusu ve yükümlülükleri madde metninde açık bir şekilde düzenlenmiştir⁴⁷. Böylesine açık ve ayrıntılı bir düzenleme karşısında çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin ayrıca bir kanuni düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. Böylelikle, herkes bu anayasal hakka dayanarak talep ve dava hakkına sahiptir. Çevre hakkının program hüküm olduğu yönündeki görüşün nedeni ise, bu hakkın Anayasanın “*Sosyal Haklar ve Ödevler*” bölümünde bir sosyal hakmış gibi koruma altına alınmasından kaynaklanıyor olabilir⁴⁸. Zira bu bölümdeki sosyal haklar genellikle, devlete olumlu davranışta bulunma yükümlülüğü yükleyen ve bu sırada da bireye subjektif hak tanımayan karaktere sahiptir⁴⁹. Oysaki çevre hakkının tipik bir sosyal hak işlevi görmeyip, dayanışma haklarına yaklaştığı yukarıda ifade edilmiştir.

4. 1982 Anayasasında Çevre Hakkının Kapsamı ve Özellikleri

Çevre hakkına ilişkin ilk dikkat çeken husus metninin kaleme alınış biçimidir. Madde metni dikkatlice incelendiğinde, aslında doğrudan doğruya anayasa tarafından çevre hakkının korunmadığı anlamı çıkabilir. Gerçekten, maddede “*Herkes çevre hakkına sahiptir*” şeklinde bir düzenlemeye gidilmemiş, bunun yerine çevre hakkı, yaşam hakkıyla bağlantı kurularak koruma altına alınmıştır⁵⁰. Öğretide bir görüş, çevre hakkıyla yaşam hakkı arasındaki bu sıkı bağlantıya dikkat çekerek, Anayasanın 65. maddesinde belirtilen sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesine ilişkin sınırın çevre hakkını bağlamadığını ileri sürmektedir⁵¹. Anayasa md. 65: “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun önceliklerini gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*” de-

⁴⁴ İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s. 44; Ahmet Sandal, “*Ombudsman Kurumunun Çevre Hakkının Korunması ve Çevre Denetiminin Sağlanması Açısından İncelenmesi*”, Manisa Barosu Dergisi Yıl: 1998, Sayı: 64-67, s. 55; Burhan Kuzu, a.g.e., s.194.

⁴⁵ Ergun Özbudun, a.g.e., s. 135.

⁴⁶ Oktay Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yay., İstanbul, 1992, s.32.

⁴⁷ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.126; Burhan Kuzu, a.g.e., s.194.

⁴⁸ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.127.

⁴⁹ Ergun Özbudun, a.g.e., s.135; Oktay Uygun, a.g.e., s.33.

⁵⁰ Nükhet Turgut, “*Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri*”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yay., 2006, s.23; Yusuf Güneş ve Aynur Aydın Coşkun, a.g.e., s.58.

⁵¹ Nükhet Turgut, “*Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri*”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yay., 2006, s.40.

mektedir. Bu hükmün devletin pozitif edimde bulunma yükümlülüğü altında olduğu sosyal haklar için anlam ifade edeceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır⁵². Ancak, çevre hakkının tipik bir sosyal hak özelliği göstermemesi, onun anayasanın ekonomik ve sosyal haklar bölümünde düzenlenmesinin sonuçlarından da kurtarmaz⁵³. Çevreyi koruyup, geliştirmekle görevli devletin anayasal ödevinin sınırını bu bölümde yer alan diğer temel hak ve özgürlükler gibi Anayasa md. 65 oluşturmaktadır. Anayasa md. 65 burada iki ana ölçüt ortaya koymaktadır. Bunlardan ilki mali kaynakların yeterliliği iken, diğeri sosyal hakların amaçlarına uygun önceliğidir. Anayasa md. 56 çerçevesinde mali kaynakların yeterliliğinden anlaşılması gerekenin büyük harcamalar gerektiren projeler olduğu ifade edilmelidir⁵⁴. Zira çevrenin korunması ister istemez içersinde belirli bir mali külfeti barındırmaktadır. Devlet, çevreyi koruyup, geliştirirken sürekli olarak bu maddeye sarılmamalıdır. Kaldı ki, tüm hak ve özgürlüklerin icrası için gerekli ortam olan sağlıklı ve dengeli çevrenin öncelikle korunması gerekmektedir. Başka bir ifade ile devletin bu alanın asgari biçimde korunup, geliştirilmesi konusunda öncelikli görevi bulunmaktadır.

Madde metninde dikkat çeken diğeri bir husus çevre öğelerinin “*kirlenme ve sağlık*” ile sınırlı tutulmasıdır⁵⁵. Gerçekten, 56. maddenin 2. fıkrasına göre, devlet ve vatandaş çevre sağlığını koruyacak ve çevre kirliliğini önleyecektir. Oysaki çevrenin konusu bu kavramlarla sınırlı değildir. Çevresel denge, estetik güzelliğinin korunması da çevre kavramına dâhildir⁵⁶.

Anayasa md. 56/fıkra 2’de çevrenin korunup, geliştirilmesine ilişkin anayasal ödevin devlete ve vatandaşlara yükletildiği görünmektedir. Böylece, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına herkes sahipken; iş çevrenin korunup, geliştirilmesine geldiğinde anayasa koyucu sadece Türk vatandaşlarına ödev yüklemekle yetinmiş, yabancı devlet vatandaşlarının bu yöndeki yükümlülüklerinden hiç bahsetmemiştir⁵⁷. Gerçi bu noktada Anayasa md. 12/fıkra 2 hükmü geniş yorumlanarak maddenin uygulama alanının genişletilebileceği belirtilmelidir. Gerçekten, Anayasa md. 12/fıkra 2: “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” demektedir. Madde metni temel ve hak hürriyetler arasında hiçbir ayırım gözetmeksizin herkes için ödev ve sorumluluktan bahsetmektedir. Amaca uygun bir yorumla Anayasa md. 56/fıkra 2’de bahsolunan çevrenin korunup, geliştirilmesi ödevinin yabancıları da kapsadığı ileri sürülebilir.

Nihayet, Anayasa md. 56’da düzenlenen çevre hakkının 2001 Anayasa değişiklikleri sonucunda yasa koyucu tarafından sınırlandırılması mümkün değildir. Zira 2001 yılında 1982 Anayasasında yapılan değişiklik neticesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa md. 13’de kapsamlı bir değişikliğe gidilmiş ve madde metninde yer alan genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Böylece, bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması için ilgili maddede özel bir sınırlama se-

⁵² Ergun Özbudun, a.g.e., s.136; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.104.

⁵³ İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.45; Burhan Kuzu, a.g.e., s.196.

⁵⁴ İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.45.

⁵⁵ *İbid.*, s. 44.

⁵⁶ *İbid.*

⁵⁷ Atilla Özer, “*Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1988, Cilt: 55, s.81; Burhan Kuzu, a.g.e., s.173; E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.127.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

bebinin bulunması gerekir. Aksi halde söz konusu hak ve özgürlük yasa koyucu tarafından sınırlandırılmaz. Bu veriler ışığında, Anayasa md. 56 incelendiğinde, çevre hakkının sınırlandırılmayacağını söylemek mümkündür. Zira maddede özel sınırlama sebebi yer almamaktadır.

5. 1982 Anayasasında Çevre Hakkının Gelişimine İlişkin Değişiklik Önerileri

Çevre hakkı özünde bir insan hakkı olması nedeniyle, hakkın icrasında bireyin rolünün artırılması çevrenin etkin bir biçimde korunması ve geliştirilmesi için önem arz etmektedir. Bu kapsamda ilk yapılması gereken, hızlı yargılama yapıp, çevresel sorunlara derhal çözüm bulabilen çevre ihtisas mahkemelerinin kurulmasıdır. Zira çevresel sorunların çözümü belirli bir uzmanlığı gerektirir. Ayrıca, çevrenin bir kez kirlenmesi çoğu kez çevre sağlığı açısından geri dönüşü olmayan neticelere yol açabilir. Bu nedenle çevre davalarının diğer yargılama usullerinden farklı olarak derhal çözümü gerekmektedir. Bunun yanı sıra çevre davalarında istisnai olarak yargılama giderlerinden muafiyet tanınmasının, kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasına hizmet edeceği hususunda şüphe yoktur⁵⁸. Çevre davalarında yargılama usulüne ilişkin diğer bir öneri Anayasa Mahkemesi'nde dava açma hakkının tanınmasıdır⁵⁹. Gerçekten, Anayasa md. 56/ fıkra 2'ye göre çevre sağlığını koruyup, çevre kirliliğini önlemek vatandaşların anayasal ödevi olduğundan, vatandaşların çevreye zarar vermesi muhtemel olan Kanun veya KHK'ler hakkında Anayasa Mahkemesi'nde dava açabilmeleri gerekir. Böyle bir yargılama usulü yurttaşlarda çevre bilincinin oluşumuna etkin katkı sağlayabileceği gibi yasa koyucunun da çevreye zarar verebilecek yasal tasarruflarda bulunmasını engelleyebilecektir. Bilindiği üzere 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan ve kabul edilip yürürlüğe giren Anayasa değişiklikleri ile birlikte Anayasa şikayeti kurumu hukukumuzda girmiştir. Ama bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yasasının 45. maddesinin 3. fıkrasına göre yasalara karşı doğrudan doğruya bu yola başvurulamamaktadır. Ayrıca, bu yola karşı ancak AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiği iddiası ile başvurulabilmektedir. AİHS'de sadece klasik haklar yer alır. Çevre hakkı, bu manada klasik hak değildir. Ancak yukarıda üzerinde durduğumuz üzere, çevre hakkının yaşam hakkıyla doğrudan bir bağlantısı vardır. Yaşam hakkı bir klasik hak olduğundan, çevre hakkının Anayasa şikayetinin konusu olabilmesi mümkündür.

Ayrıca, anayasada çevre hakkını da kapsayacak bir biçimde barış, insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı gibi yeni kuşak insan hakları olan dayanışma haklarının yer alması gerekir⁶⁰. Zira bu haklar özünde, daha önce de ifade edildiği üzere kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşayabilmesi için gerekli alt yapıyı hazırlamaktadır.

Anayasa md. 56 sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamaktan bahsederken bu hususta somut anayasal yaptırımlar öngörmeyi ihmal etmiştir⁶¹. Bu nedenle bir anaya-

⁵⁸ İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.122.

⁵⁹ Şeref Ertaş, *Çevre Hukuku*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 1999, s.148.

⁶⁰ *Özgürlükçü-Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler*, Disk Yay., Ankara, 2009, s.54; İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.44.

⁶¹ *Özgürlükçü-Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler*, Disk Yay., Ankara, 2009, s.55; İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hak ve Özgürlük Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No: 11, 1999, s.147.

sa değişikliği ile çevresel değerleri tehdit eden faaliyetlere karşı caydırıcı anayasal müeyyidelerin belirlenmesi şarttır. Anayasada bu tarz somut önlemlerin yer alması yasa koyucuyu yasal manada ayrıntılı önlemler alma konusunda yönlendirici bir işlev görecektir.

Çevre hakkının anayasal çerçevede düzenlenmesi sırasında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar gözetilmeli⁶²; çevre hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla kişilerin, bilgi edinme hakkı, çevre politikalarına ve çevre sağlığını etkileyebilecek kararlara katılma hakkı ve nihayet çevre sağlığını tehdit edebilecek faaliyetlere karşı adli ve idari başvuru hakları anayasal güvenceye kavuşturulmalıdır⁶³.

Nihayet, çevre hakkının gelişimine katkı sağlayabilecek diğer bir öneri ombudsman kurumunun anayasal düzeyde kabulüdür⁶⁴. Günümüzde başta Almanya, Danimarka, İspanya olmak üzere pek çok demokratik devlette başarıyla uygulanan bu kurum, çevresel sorunların çözümünde işlevsel bir rol üstlenebilecektir. Gerçekten, müessesenin sağlıklı işlemesi halinde, kişiler, çevre kirliliğine yol açan kişi ya da kurumları kamu denetçilerine şikâyet edebilecek ve böylelikle çevrenin korunması yönünde daha hızlı ve adil sonuçlar elde edilebilecektir⁶⁵. Ombudsman, çevresel yönetime halkın aktif biçimde katılmasına da hizmet edebileceği gibi, her yıl sonunda yayımlayacağı çevre raporları vasıtasıyla çevresel gelişmeler hakkında daha net bir tablonun ortaya çıkmasına katkı sağlayabilir⁶⁶. Nitekim, son Anayasa değişiklikleriyle birlikte bu kurum Anayasamıza girmiştir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, kurumun çevrenin korunup geliştirilmesine hizmet edebilmesi için kamu denetçilerinin çevre sağlığının gelişimine ilişkin inisiyatif alması şarttır.

6. 1982 Anayasasının Çevreye İlişkin Diğer Hükümleri

1982 Anayasasında sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamaya katkı sağlayacak pek çok hüküm bulunmaktadır. 1961 Anayasasında çevre hakkı başlığı altında yapılan açıklamalar dışında çevresel değerleri korumayı amaçlayan hükümlerden birini, devlete tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması ödevini yükleyen Anayasanın 63. maddesi oluşturmaktadır. Bu madde vasıtasıyla tarihi ve kültürel mekânlar da anayasal manada çevrenin bir parçası olarak kabul edilmiş, devlet buraların korunması için önlem alma yükümlülüğü altına sokulmuştur.

Ayrıca, Anayasa md. 43, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada herşeyden önce kamu yararının gözetileceğinden bahsederek çevreyi açık bir şekilde korumaktadır. Zira maddede bahsedilen alanlar sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamın sürdürülmesi için olmazsa olmaz yaşam alanlarındandır. Böyle alanlardan yararlanmada kamu yararının esas alınması

⁶² Özgürlükçü-Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler, Disk Yay., Ankara, 2009, s.56.

⁶³ *İbid.*; İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hak ve Özgürlük Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 11, 1999, s.247; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yay., İstanbul, 2006, s.297.

⁶⁴ Ahmet Sandal, a.g.e., s.55 vd.

⁶⁵ *İbid.*, s.54.

⁶⁶ *İbid.*

ise önemlidir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, kamu yararı daima çevrenin korunmasını amaçlamaktadır.

Devlete, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek ile erozyonla kaybedilmesini önlemek hususunda görev yükleyen Anayasa md. 44, özellikle ülkemiz gibi erozyon ve bilinçsiz toprak kullanımının yaygın olduğu ülkelerde, çevre korumada önemli bir role sahiptir. Bunun yanı sıra tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılması ile tahribatını yasaklayan Anayasa md. 45 de çevreyi koruyucu niteliğe sahiptir. Zira bu alanlar da doğal çevrenin bir parçasını teşkil etmektedir. Ayrıca devlete ormanlık alanların korunması hususunda görev yükleyen, bu alanların devletin hüküm ve tasarrufunda olduğunu ifade edip, ormanların her türlü siyasi propagandan uzak tutulmasını emreden Anayasa md. 169, kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasına hizmet etmektedir. Söz konusu maddenin kapsamlı düzenlemesi anayasanın ormanlara verdiği önemi sergilemektedir.

İşte görüldüğü üzere, 1982 Anayasasında çevresel değerler sadece Anayasa md. 56'da düzenlenen çevre hakkıyla güvence altına alınmamış, bunun yanı sıra çevreye ilişkin dolaylı hükümler de kabul edilerek çevre korunması ve geliştirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. 1961 Anayasasında güvence altına alınan hükümlerin dışında ilave maddelerin anayasa koyucu tarafından kabulü, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama verilen önemi göstermektedir

V. Anayasa Önerileri Çerçevesinde Çevre Hakkı

Türkiye'de çevre hakkının, anayasal gelişimi ve mevcut durumu aktarıldıktan sonra, çevre sağlığının ve ekolojik düzenin gündemdeki anayasa önerilerinde hangi yönde koruma altına alındığının incelenmesi yararlı olacaktır. Bu bağlamda, söz konusu çalışma kapsamında iki temel anayasa önerisinin çevreye bakış açısı değerlendirilecektir. Bunlar: Türkiye Barolar Birliği'nin hazırladığı anayasa önerisi⁶⁷ ve AKP'nin hazırladığı anayasa önerisidir⁶⁸.

1. Türkiye Barolar Birliği'nin Anayasa Önerisi Çerçevesinde Çevre Hakkı

Türkiye Barolar Birliği, 2007 yılında hazırladığı anayasa önerisinde çevre hakkını, mevcut 1982 Anayasasından farklı olarak "*Çevre, Barış ve Gelişme Hakları*" başlığı altında anayasanın dördüncü bölümünde düzenlemiştir. Bu yöndeki bir düzenlemeyle "*dayanışma hakları*" olarak adlandırılan yeni kuşak insan hakları hem anayasaca tanınmış hem de mevcut anayasamızın aksine çevre hakkı, sağlık hakkından bağımsız olarak düzenlenerek kapsamlı bir güvenceye kavuşmuştur. "*Çevre Hakkı*" başlıklı 76. madde doğrultusunda; herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu gibi, Devlet de bu hususta yurttaşların girişimlerini destekleyerek çevreyi koruyup geliştirecek; çevre kirliliğinin ve çevre sağlığının bozulması tehditinin önüne geçerek, gelecek nesillerin çevreden istifade etmeleri için gerekli tedbirleri alacaktır. Aynı şekilde herkesin, çevre konusunda bilgilendirme, başvuru ve katılma haklarının

⁶⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2007.

⁶⁸ AKP hükümetinin hazırladığı Anayasa Önerisinin tam metnine şu internet adresinden ulaşmak mümkündür: <http://bianet.org/bianet/siyaset/101746-akp-in-anayasa-taslaginin-tam-metni>, Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2010.

olduğunu ifade eden madde, kişi ve kurumların çevreye karşı bulunan ödev ve sorumluluklarının yasayla düzenleneceğini hükme bağlamaktadır.

Madde metninde dikkat çeken ilk husus; Devlete, sadece günümüz kuşaklar için değil, “*gelecek nesillerin de yararlanmalarını sağlayacak*” biçimde çevreyi koruma ve geliştirme ödevinin genişletilerek yüklenmiş olmasıdır⁶⁹. Madde metninde sözü edilen diğer bir yenilik, çevre hakkının etkin kullanımını sağlayacak olan bilgilenme, başvuru ve katılma haklarının anayasaca teminat altına alınmasıdır. Günümüzde serbest tartışma ortamının sağlanmasında ve buna bağlı olarak da düşüncelerin olumlu ve olumsuz yönlerinin açığa çıkmasında bilgi birikiminin önemi tartışmasızdır⁷⁰. Bilgilenme hakkı sayesinde birey, çevre kirliliğine veya tahribatına yol açabilecek faaliyetlerden haberdar olacaktır⁷¹. Kişinin bu tür faaliyetlerden haberdar olması ise iki şekilde gerçekleşir: Kişi, ya kendisi bilgi edinme hakkı çerçevesinde yetkili idari organlardan çevre sağlığını tehdit edebilecek icraatlar hakkında bilgi ister ya da devlet bu yönde bir talep olmaksızın topluma, yürütülen faaliyetlerin çevre sağlığı üzerindeki potansiyel riskleri hakkında bilgi verir. Aslında son hal, devletin çevreyi koruma ve geliştirme ödevinin bir parçasını oluşturmaktadır. Bilgi edinme hakkı, kişilerin, çevre sağlığını tehdit edebilecek kararlara iştirakinin yani katılım hakkının da gerekli alt yapısını hazırlayacaktır⁷². Gerekli bilgileri edinmiş olan bilinçli yurttaş bu evrede artık çevresel sorunların çözümünde aktif rol üstlenecektir. Nihayet, başvuru hakkıyla birlikte kişi, çevre sağlığının tehdit edildiği veya çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gerekli olan prosedüre uyulmadığı iddiasıyla idareye veya mahkemeye başvurabilecektir⁷³. İşte, anayasa önerisinde de ifade olunan tüm bu usulün, çevrenin etkin korunmu için yegâne yol olduğu söylenebilir.

Madde kapsamında yapılacak son tespit, kişilerin ve kurumların çevreye karşı ödev ve sorumluluklarının yasayla düzenlenmesinin çevrenin korunması ve geliştirilmesine katkı sağlayacağıdır. Zira ödev ve sorumlulukların yalnızca anayasalarda anılması ve kavramların yasalar nezdinde çerçevelerinin çizilmemesi, etkili bir çevre politikasının ortaya çıkmasını engelleyebileceği gibi hakkın sujelerinde çevre bilincinin oluşumunun önüne geçebilecektir.

Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 tarihli anayasa önerisinde, çevrenin korunmasına ve gelişimine hizmet edebilecek diğer bir madde “*Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi*” başlıklı 77. maddedir. Bu hükmün ikinci cümlesinde; “*Orman niteliğini kaybeden veya yanan ormanların yerinde yeni ormanlar yetiştirilir, bu yerlerde özel ya da kamusal amaçlı yapılaşmaya izin verilemez, başka tür tarım ve hayvancılık yapılamaz*”⁷⁴, denilmek suretiyle orman arazilerin amaç dışı kullanımının ve orman talanın önü kesilmeye çalışılmıştır⁷⁵. Yürürlükteki 1982 Anayasasından farklı olarak

⁶⁹ İ. Güneş Gürseler, “*Çevre Hakkı ve Anayasa*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı 75, s.206.

⁷⁰ Nihan Yancı, a.g.e., s.10.

⁷¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, “*İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze)*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 9, 1992, s.131.

⁷² Nihan Yancı, a.g.e., s.175.

⁷³ İbrahim Ö. Kaboğlu, “*İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze)*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 9, 1992, s.131.

⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2007, s.159.

⁷⁵ İ. Güneş Gürseler, “*Çevre Hakkı ve Anayasa*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı 75, s.206.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

anayasa önerisinde insanlığın ortak mirasına saygı (md. 82) ve özellikle barış hakkı (md. 83) gibi yeni kuşak insan haklarının tanınması, kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşaması için gerekli ortamın hazırlanmasında yardımcı olacaktır⁷⁶. Zira üzerinde barışın egemen olmadığı topraklarda başta insan varlığı olmak üzere flora ve fauna türleri ile doğal ve yapay zenginlikler ciddi tehdit altındadır. Barış hakkının açık anayasal koruma altına alınması, kişilerin huzur ve sukunet içinde yaşama hakkını beraberinde getirdiği gibi, her türlü şiddet neticesinde ortaya çıkması muhtemel olan çevre kirliliği ve bozulmasına karşı çıkmabilme hakkını da içerir.

2. Adalet ve Kalkınma Partisi'nin Anayasa Önerisi Çerçevesinde Çevre Hakkı

AKP'nin, başkanlığını Ergun Özbudun'un yaptığı altı bilim insanından oluşan bir komisyona hazırlattığı anayasa önerisinde çevre, önerinin beşinci kısmında ve "Çevrenin Korunması ve Milli Servetlere İlişkin Hükümler" üst kısım başlığı altında 129. maddede düzenlenmiştir⁷⁷. Maddenin ilk fıkrası metni; "Devlet herkesin, insani gelişimini mümkün kılan sağlık bir çevrede yaşaması için gerekli tedbirleri alır." şeklindedir. İkinci fıkrası ise; "Çevrenin en üst düzeyde korunması ve çevre kalitesinin iyileştirilmesi, sürdürülebilir kalkınma ilkesiyle uyumlu olarak, herkesin ve Devletin görevidir." denmektedir. Madde metninde ilk göze çarpan husus, çevre hakkının artık, yürürlükteki 1982 Anayasasının 56. maddesinden farklı olarak anayasal koruma altından çıkmış olmasıdır. Bunun yerine çevreyi koruma ve geliştirme görevi devlete ve herkese verilmiştir. Bu sırada devlet, insani gelişmeyi mümkün kılacak sağlıklı bir çevrede yaşama için gerekli gördüğü tedbirleri alacaktır. Ancak bu düzenleme, öğretilerde sanıldığı gibi aksine, önerinin getirdiği belki de en masum değişiklik olarak değerlendirilmelidir. Zira çevre hakkının anayasal koruma altına alınmasının pratik sonucu bellidir: Devletten çevreye zarar verici faaliyetlerden kaçınmasını talep edebilmek ve zarar verenlere karşı bir takım idari ve yargısal yollara başvurabilmektir⁷⁸. Fakat devletin ve yurttaşların çevreyi korumak ve kollamak görevi varsa, görevin ihmal halinde zaten aynı yollara ister istemez başvurulacaktır. Kaldı ki, Alman Federal Anayasası (md.20 a), İsviçre Federal Anayasası (md. 24), Hollanda Anayasası (md. 21) gibi pek çok demokratik anayasa çevre hakkından bahsetmeyip, çevreyi koruma ve geliştirme ödevini sadece devlete yüklemiş, vatandaşların bu konudaki ödevine ise hiç değinmemiştir. Bu düzenleme tarzının ülkemiz gibi çevre bilincinin tam olarak gelişmediği ülkelerde yaratabileceği sonuç yukarıda belirtilmiştir. Oysaki anayasa önerisindeki durum tamamen farklıdır. Zira Öneri md. 129/ fıkrası 2'ye göre çevreyi korumak ve geliştirmek görevi yalnızca "devlete" değil, aynı zamanda "herkese" verilmiştir. Öyleyse, öneride çevre hakkının terk edilip, çevreyi koruma ödevinin yön-teminin benimsendiği ileri sürülerek, çevre sağlığının ve ekolojik dengenin risk altında olduğunu söylemek doğru değildir⁷⁹.

⁷⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hak ve Özgürlük Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 11, 1999, s.147.

⁷⁷ Anayasa Önerisinde çevresel değerlerin geniş eleştirisi için bkz. Fazıl Sağlam, Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma, Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.768 vd.

⁷⁸ Nükhet Turgut, Çevre Politikası ve Çevre Hukuku, İmge Yayınevi Yay., Ankara, 2009, s.77.

⁷⁹ Tefvik Sönmez Küçük, İktidar Partisinin 'çevresi', Radikal Gazetesi, 29 Ağustos 2009, s.15.

Ancak bu husus, anayasa önerisinin çevre dostu anayasal hükümler içerdiği anlamına da gelmez. Bir kere, maddenin ikinci fıkrasında kullanılan ve anayasal görevin çerçevesini çizen “çevrenin en üst düzeyde korunması ve çevre kalitesinin iyileştirilmesi” gibi ifadeler son derece muğlaktır. Böyle anlaşılması zor ve çevre hukuku literatürüne yabancı sözcükler yerine daha somut ifadeler kullanılmalıdır. Hatta çevreyi koruma ve geliştirme görevinin ihmaline karşılık somut anayasal yaptırımlar benimsenmelidir⁸⁰.

Ayrıca Önerinin 15. maddesi herkesin yaşam hakkına sahip olduğunu söylemektedir. Oysaki yürürlükteki Anayasamızın 17. maddesi yaşam hakkının yanı sıra herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının olduğundan bahsetmektedir. Dolayısıyla yaşam hakkının kapsamı söz konusu öneride daraltılmıştır. Bu daralma, ister istemez çevrenin korunmasına ve gelişimine de sirayet edecektir⁸¹. Zira Önerinin 129. maddesinin ilk fıkrası, insani gelişmenin mümkün olduğu sağlıklı bir çevrede yaşamadan söz etmektedir.

Nihayet, Anayasanın 56. maddesinde belirtilen “sağlıklı ve dengeli bir çevre” ifadesi terkedilmiştir. Ancak bu ibare de yerinde değildir. Zira sağlıklı çevre, çevrenin kirletilmediği ve ona zarar verilmediği bir ortamı ifade ederken, çevresel denge için esas olan kirlilik ve zarar değil, ekolojik düzenin bozulmaması durumudur. Başkaca bir ifade ile çevre sağlığının risk altında olmayıp, ekolojik dengenin tahrip edildiği haller söz konusu olabilir. Gerçekten, tarımsal arazilerin doğru sulanmaması, çevre kirliliğine yol açmamakla beraber, topraktaki yararlı minerallerin zamanla kaybolmasına ve taban su seviyesinin artmasıyla uzun vadede tarımsal verimliliğin azalmasına ve hatta çoraklaşmaya yol açar.

Öneri, çevreye ilişkin dolaylı hükümler de içermektedir. Bu bağlamda, yapılacak en önemli tespit: Söz konusu Öneride çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine hizmet edecek hükümlerin, 1982 Anayasasının bazı hükümlerinden ya birebir alındığı ya da mevcut anayasal hükümlerin kapsamlarının daraltıldığı veya tamamen yürürlükten kaldırıldığıdır⁸². Gerçekten, “Kıyıların Korunması ve Kıyılardan Yararlanma” başlıklı 132. madde, mevcut Anayasasının 43. maddesinden aynen; “Tarih, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması” başlıklı 133. madde yürürlükteki Anayasasının 63. maddesinden aynen; “Tabii Servetlerin ve Kaynakların Aranması ve İşletilmesi” başlıklı 130. madde, Anayasasının 168. maddesinden sadeleştirilerek aynen aktarılmıştır.

Buna karşılık “Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi” başlıklı 131. maddenin koruduğu alanın kapsamının 1982 Anayasasına göre ciddi bir şekilde daraltıldığını söylemek mümkündür. Önerinin 131. maddesi bir yandan devletin ormanların korunup, geliştirilmesi için gerekli önlemler alacağından bahsederken, diğer yandan ormanların tahrip edilmesine ilişkin siyasi propaganda yapmayı yasaklayan 1982 Anayasasının ilgili hükmünden (md. 169/fıkra 3) bahsetmemesi düşündürücüdür. Bu hükmün arz ettiği önem, orman sınırlarında daraltma sayılmayan orman vasfını kay-

⁸⁰ Özgürlükçü-Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler, Disk Yay., Ankara, 2009, s.55.

⁸¹ İlgin Özkaya Özlüer, “Anayasa Taslağında Piyasa Çevre”, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=12&haberno=7566, Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2010.

⁸² Tefik Sönmez Küçük, a.g.e., s.15; Tefik Sönmez Küçük, AKP ve “Çevre”..., Cumhuriyet Gazetesi, 22 Eylül 2009, s.2.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

betmiş alanların –ki aynı hüküm mevcut Anayasanın 169. maddesinin son fıkrasında da yer almaktadır– gerçek ve tüzel kişilere devrinde anayasal süreyi 23.07.2007’ye kadar ileriye çeken hükümlerle (Anayasa Önerisi md. 131/fıkra 4) birlikte değerlendirildiğinde daha da ön plana çıkmaktadır. Zira bu şekilde artık 1982 Anayasanın 169. maddesinin son fıkrası ile Önerinin 131. maddesinin dördüncü fıkrası birlikte ele alındığında, 31.12.1981 tarihi ile 23.07.2007 tarihi arasında orman vasfını kaybeden araziler, yabancı-yerli sermaye ayırımı olmaksızın gerçek ve/veya tüzel kişilere devredilebilecektir⁸³. 131. maddenin son fıkrasında bu tür arazilerin devrinde fiilen bu arazileri kullanlar ile orman köylülerine öncelik verileceğinden bahsedilmesi ise hiçbir anlam ifade etmez. Bir kere, orman köylüleri, Türkiye’de milli gelirden en az payı (yaklaşık 250–300 dolar) alan kesimdir⁸⁴. Böylesine düşük bir gelirle maddi değeri oldukça yüksek olan bu türdeki arazilerin orman köylülerince devralınmaları beklenemez. Kaldı ki, söz konusu anayasa önerisi mevcut Anayasanın 170. maddesinin aksine, orman köylülerinin korunup, desteklenmesine ilişkin herhangi bir hüküm de içermemektedir.

Tüm bunların dışında, yürürlükteki Anayasanın 44. maddesinde bahsolunan Devletin, toprağın verimli olarak işletilmesi ve erozyonla mücadele ile 45. maddede belirtilen tarım arazilerin, çayır ve meraların amaç dışı kullanılmaması için gerekli tedbirleri alma görevinden anayasa önerisinde hiç bahsedilmemiştir. Oysaki tarımsal arazilerin bilinçsiz kullanımı ve erozyon gibi konular ülkemizin en temel sorunlarından. Bu hususların anayasal koruma dışına bırakılmasının nedenini anlamak mümkün değildir. Barış, insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı gibi yeni kuşak insan haklarından olan ve çevrenin korunmasına hizmet eden dayanışma haklarına da yabancı kalan anayasa önerisinin, çevre sağlığı ve ekolojik düzenin teminatını tesadüfle bire bıraktığını söylemek haksız bir eleştiri olmaz.

VI. Yargı Kararları Çerçevesinde Çevre Hakkı

1. Danıştay Kararları Çerçevesinde Çevre Hakkı

a. Gökova Davası

Danıştay’ın çevre hakkıyla ilgili olarak verdiği ilk karar⁸⁵, *Gökova davası* kararıdır⁸⁶. Dava konusu, kömür rezervlerinin bulunduğu Gökova körfezinde termik santral kurulmasına ilişkin olan bazı idari ve hükümet işlemlerinin iptali istemidir. Danıştay 10. Dairesi karar kapsamında, somut olayda davayı inceleme yetkisinin olmadığına kanaat getirmiştir. Bu hükme varırken Danıştay’ın dayandığı iki temel gerekçe vardır: Birin-

⁸³ Ülkemizde toplam orman miktarı 20,7 milyon hektar civarındadır. Bu sayı ise ülke yüz ölçümünün yaklaşık yüzde 26’sına tekabül etmektedir. Böylesine geniş orman alanların bulunduğu bir ülkede orman arazilerinin orman vasfını kaybettikleri ileri sürülerek, bu alanların imara açılması halkı orman suçlu işlemeye teşvil etmekte, suç failleri bu yolla adeta ödüllendirilmektedir. Yusuf Güneş ve Aynur Aydın Coşkun, a.g.e., s.156.

⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çevre ve Orman Bakanlığı’nun resmi internet sayfasında yer alan ilgili web-sayfası bölümüne: <http://www.cevreorman.gov.tr/belgeler/2b.doc>. Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2010.

⁸⁵ Söz konusu çalışma kapsamında değinilen Danıştay kararlarının tam metnine, Danıştay Başkanlığı’nın resmi internet sayfası olan <http://www.danistay.gov.tr> adresinden ilgili kararın Esas ve/veya Karar numarası verilerek ulaşılması mümkündür. Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2010.

⁸⁶ Danıştay 10. Daire, E.1985/2739, T.24.06.1986, K.1986/1431.

cisi, Çevre Kanununun, çevre kirliliğine ve bozulmasına ilişkin hukuki, cezai ve idari yaptırımlar öngörmesine karşılık, bir bölgede tesis yapılmasını yasaklayan hüküm ihtiva etmemesine ilişkin tespittir. İkincisi ise, idarenin somut olayda takdir yetkisinin olduğu ve bu takdir yetkisini kullanırken açık bir hata yapılmadığı ve bu gerekçeden hareketle Yüksek Mahkemenin, termik santral kurulmasında yer seçimi ile ilgili idarenin takdir yetkisine ilişkin olan işlemi hakkında yargı kararı vermesine yetkisi olmadığıdır.

Gökova kararı hakkında yapılabilecek ilk tespit, Danıştay'ın hüküm tesis ederken dayandığı gerekçelerin hükümet gerekçeleriyle tamamen benzerlik göstermesidir⁸⁷. Karara ilişkin ikinci saptama, Danıştay'ın kararda, Anayasanın 56. maddesinde düzenlenen çevre hakkına değinmekle beraber kararın oluşumunda madde metnini göz ardı etmesidir⁸⁸. Böylece Danıştay, kalkınma ve çevrenin korunması arasındaki dengeyi gözetememiş ve kararında her ne kadar Anayasanın 56. maddesine birçok kez değinmiş olsa da, bu maddede ifade olunan devletin çevreyi koruma ve geliştirme yükümlülüğünden karar gerekçesinde bahsetmemiştir⁸⁹. Ayrıca Danıştay kararının oluşumunda ne Çevre Müsteşarlığının hazırladığı rapor ne de Danıştay Savcısının görüşleri esas alınıp; kararın, sadece TEK Genel Müdürlüğü ile ilgili Yükseköğretim Kurumunun “*gerekli önlemler alındığı takdirde*” santralin çevreyi tehdit etmeyeceğine ilişkin görüşüne dayandırılması dikkat çekicidir⁹⁰. Zira raporlar, dikkat edilirse belli bir şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Ancak raporlarda bahsedilen gerekli önlemlerin alınmaması faraziyesinde Danıştay'ın, şartın gerçekleşmediğinden hareketle daha önce vermiş olduğu kararı değiştirmesi mümkün değildir⁹¹. Bu şekilde, Akdeniz kıyısının en önemli yeşil ve turistik alanlarından olan Gökova körfezinin korunması, ihtimal hesaplarına bırakılmıştır. Ayrıca Yüksek Mahkemenin, Çevre Kanununda bir bölgede tesis kurulmasını yasaklayıcı hüküm bulunmamasından, davayı göremeyeceği iddiası, çevresel değerlerin korunumunu güçleştirmektedir. Çevre Kanununda böyle bir hükmün bulunmaması yadırganmamalıdır. Zira Anayasa madde 56/fıkra 2’de ifade olunan devletin çevreyi koruyup, geliştirme ödevinin bir boyutunu, devletin bizzatıhi çevreye zarar vermemesi oluşturur⁹². Hal böyle iken, Danıştay'ın Çevre Kanununda bir bölgede tesis yapılıp yapılamayacağına ilişkin hüküm araması, kendi yetkisini kendi eliyle sınırlandırması anlamını taşımaktadır⁹³. Nihayet, karar gerekçesinde idarenin takdir yetkisinde açık hata bulunmadığı görüşünün benimsenmesi, aslında kararın, hükümetin 80’li yılların ortalarında başlayan yatırım politikasına aykırı davranmamak ve bunun sonucunda da hükümeti rahatsız etmemek amacı güttüğünü, bu bağlamda da kararın bir nevi “*siyasi red*” özelliği taşıdığını göstermektedir⁹⁴.

⁸⁷ İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.126.

⁸⁸ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.159.

⁸⁹ Ruşen Keleş ve Birol Ertan, *Çevre Hukukuna Giriş*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 2002, s.296.

⁹⁰ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.159.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Nühket Turgut, “*Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri*”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yay., 2006, s.24.

⁹³ Ruşen Keleş ve Birol Ertan, a.g.e., s.296.

⁹⁴ İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996, s.127; E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.160–161.

b. Zafer Park ve Güven Park Davaları

Çevresel sorunlara ilişkin olarak verilen diğer Danıştay kararları sırasıyla *Zafer Park*⁹⁵ ve *Güven Park davası*⁹⁶ kararlarıdır. Zafer Park davasının konusunu, söz konusu park alanın yıkılıp yerine otopark tahsis edilmesini öngören imar planının değişikliğine ilişkin kararın iptali istemi oluşturmaktadır. Kararda Danıştay, büyük kentlerdeki yapılaşma eğiliminin gün geçtikçe arttığını ve bu sorun karşısında yeşil alanların korunması gerektiğini vurguladıktan sonra, kentlerdeki yeşil alanların artırılmasının anlamının ağaçlandırmanın tam olarak sağlanması olduğunu ifade etmiştir. Böylelikle, Yüksek Mahkemeye göre, kentlerde çevrenin geliştirilmesi modern şehircilik anlayışı çerçevesinde çimenlik alanların artırılması biçiminde yorumlanamaz. Bu tür faaliyetler, kentlerdeki yeşil arazilerin gelişmesine ve dolayısıyla da çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine hizmet etmez. Güven Park davasının konusunu ise, söz konusu park sahasında imar değişikliği yapılarak, otopark ve çarşı tahsisine ilişkin yapılan işlemlerin iptali talebi oluşturmaktadır. Danıştay, Zafer Park davasında tekrarladığı hususların dışında şu tespitlerde bulunmuştur: Bir kentte kişi başına asgari 7 m2 yeşil alan sağlanmadan, söz konusu şehrin tam olarak yeşillendirilmiş olduğundan bahsedilemez. Yüksek Mahkemeye göre, Atatürk'ün talimatı neticesinde inşa edilmiş olan Güven Park, Ankara'nın tarihi ve tabii zenginliklerinden olup, başkentin iklim koşulları da dikkate alındığında önemi daha da artan ve nihayet sosyo-kültürel açıdan kent insanını doğanın bir parçası olduğunu hatırlatan bir işlev görür. Danıştay, bu tespitleri yaptıktan sonra Güven Park yerine yapılacak otopark ve çarşı inşaatının, kentin doğal görünümü bozacağı ve mevcut ağaçların sayısını azaltacağından hareketle söz konusu idari işlemin iptaline karar vermiştir.

Söz konusu kararlar çerçevesinde dikkat edilmesi gereken en önemli husus, kararların gerekçelerinin niteliğidir. Danıştay'ın, Zafer Park ve Güven Park davalarında Anayasa madde 56'da düzenlenen çevre hakkı ile Çevre Yasasından hiç bahsetmemesi kararların hukukiliğini tartışmalı kılmaktadır⁹⁷. Oysaki Gökova kararında tam aksine bir durum söz konusudur. Diğer bir anlatım ile Gökova kararı hukuki kavramların tartışıldığı ancak ulaştığı sonuç bakımından çevresel değerlerin görmezlikten gelindiği bir karar özelliği arz ederken, Zafer ve Güven Park davaları çevresel koruma ve gelişmenin sağlandığı, ancak bu sırada hukuki temellendirmenin ihmal edildiği karar niteliği sergilemektedir. Zafer Park ve Güven Park davalarının, çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin yegâne pozitif yansımalarının ise, yargıçlarda artık bir çevre bilincinin yavaş yavaş oluşmaya başladığını göstermek olduğu ileri sürülebilir⁹⁸.

c. Aliğa Davası

Çevre hakkına ilişkin olarak Danıştay'ın verdiği kararlardan bir diğeri, İzmir'in Aliğa bölgesinde sanayi amaçlı kurulacak serbest bölgeye izin veren idari işlemin iptaline ilişkin *Aliğa davası* kararıdır⁹⁹. Karar kapsamında Danıştay'ın belirttiği ilk husus, çevre sağlığının korunması ile kamu yararının teminatı arasında bir paralellik olduğu-

⁹⁵ Danıştay 6. Daire, E.1986/1323, T.16.12.1986, K.1986/1135.

⁹⁶ Danıştay 6. Daire, E.1988/477, T.09.05.1988, K.1988/646.

⁹⁷ Ruşen Keleş ve Birol Ertan, a.g.e., s.300; E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.163.

⁹⁸ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.163.

⁹⁹ Danıştay 10. Daire, E.1990/2278, T.28.04.1992, K.1992/1672.

dur. Böylece Danıştay'a göre, ekolojik dengenin tahrip edilmesi, doğanın kirletilmesi, flora ve faunanın yok edilmesi ile tabii ve kültürel zenginliklerin zarar görmesi ve bunların eski hale iadesi için yapılan masraflar kamu yararına aykırılık teşkil edecektir. Kararda ilgili yetkili kurumun görüşüne de başvuran Danıştay, Aliğa'da kurulacak sanayi amaçlı serbest bölgenin çevre kirliliğine yol açacağından hareketle idari işlemin iptaline hükmetmiştir.

Kararda aktarılan bilirkişi raporlarına bakıldığı zaman bir husus dikkat çekmektedir. Gerçekten, bilirkişi raporu Aliğa'da kurulacak olan serbest bölgenin yaratacağı olası çevre kirliliğinden çok, hali hazırdaki Aliğa'daki çevre kirliliğinden bahsetmektedir. Somut olayda tartışılan husus iptali istenen idari işlemin yaratacağı tahribat değildir. Bu şekilde Danıştay, elinde herhangi bir delil olmaksızın, kurulacak serbest bölgenin çevre kirliliğine yol açacağı faraziyesine dayanmıştır. Böylece, iktisadi kalkınma adeta çevresel dengenin korunması adına görmezlikten gelinmiştir. Oysaki iktisadi kalkınma ve çevresel değerlerin korunması birbirini tamamlayan kavramlardır. Birinin diğerine feda edilmesi kamu yararına aykırılık teşkil eder. Zira nasıl ki sağlıklı ve dengeli bir çevre kurulmadan insanın belli bir yaşam kalitesine sahip olması beklenemezse, mali kaynakların verimli kullanılmadığı veya iktisadi kalkınmanın engellendiği bir ortamda da aynı şekilde kişilerin hak ve özgürlüklerini serbestçe kullanmaları beklenemez. Buna rağmen hâkim görüşe göre, Danıştay'ın Aliğa kararı, Türkiye'de çevre hakkının gelişimi açısından olumlu bir adım ve Anayasa md. 56'da söz edilen çevre hakkıyla Çevre Kanununa ayrıntılı değinmesi bakımından ise bir dönüm noktası oluşturmaktadır¹⁰⁰.

d. Bergama Davası

Danıştay'ın çevre hakkıyla ilgili olarak verdiği önem arz eden kararların sonuncusunu, İzmir'in Bergama ilçesi Ovacık-Çamköy-Narlıca sınırları çerçevesinde siyanürle altın madeni işletilmesine izin veren kararın iptaline ilişkin olan Bergama davası kararı¹⁰¹ oluşturmaktadır. Danıştay, karar çerçevesinde kamu yararı kavramı üzerinde durmuş ve bu kavramın kişinin yaşamı üzerinde ortaya çıkabilecek potansiyel riskler karşısında her zaman insan yaşamını ön planda tutan bir husus olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, yapılacak iktisadi yatırımın doğal yaşamı ve insan sağlığını tehlikeye atacak ciddi riskler barındırması halinde, söz konusu yatırımın getirdiği ekonomik kazançlar ileri sürülerek kamu yararının bulunduğu ileri sürülemez. Anayasa md. 17'de bahsolunan yaşam hakkıyla Anayasa md. 56'da düzen-

¹⁰⁰ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.168; İbrahim Kaboğlu, *Çevre hakkı*, İmge Kitabevi Yay., [y.y], 1996, s.129.

¹⁰¹ Danıştay 6. Daire, E.1996/5477, T.13.05.1997, K.1997/2312. Danıştay, Bergama'da siyanürle altın aranması meselesine ilişkin bu karar dışında toplam dört karar vermiştir. Ancak bu kararlar doğrudan çevre hakkına ilişkin olmayıp, 13.05.1997'de verilen iptal kararının uygulamasına dair tereddütleri kaldırmaya yönelik Çevre Bakanlığı'nın görüş açıklaması istemi, somut olayda dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı veya Danıştay tarafından verilen iptal kararının uygulanmaması gibi inceleme konunun dışında kalan sorunlara ilişkin kararlardır. Bergama ile ilgili verilen diğer kararlar şunlardır: Danıştay 1. Daire, E.1999/15, T.05.02.1999, K.1999/23; Danıştay 8. Daire, E.2001/3116, T.24.06.2002, K.2002/3745; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2002/1149, T.07.03.2003, K.2003/103; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2004/2163, T.07.10.2004, K.2004/788.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

lenen çevre hakkı arasındaki bağlantıya da dikkat çeken Danıştay, çevre sağlığının insan yaşamının vazgeçilmezini oluşturduğunu belirtmiştir. Danıştay'a göre, siyanür liçi yöntemiyle altın madeni işletilmesi başlı başına insan ve doğa sağlığına aykırılık teşkil etmektedir. Bundan dolayı, işletme sahibinin çevrenin korunması için gerekli önlemleri alacağına ilişkin taahhüdü bir anlam taşımaz. Görüldüğü üzere, Danıştay, bu kararında hem çevrenin korunması ve geliştirilmesinde belirli bir çevre bilinciyle hareket etmiş hem de karar gerekçesini hukuki temellere dayandırarak Türkiye'de çevre hakkının gelişiminde önemli bir adım atmıştır.

2. Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Çevre Hakkı

Anayasa Mahkemesi'nin¹⁰² çevre hakkı kapsamında vermiş olduğu ilk karar 3194 sayılı İmar Yasasının iptali istemidir¹⁰³. Anayasa Mahkemesi söz konusu karar bağlamında, sağlıklı ve dengeli bir çevreden anlaşılması gerekenin sadece doğal güzelliklerin korunması ile sanayi ve kentleşmenin yarattığı hava ve su kirliliğinin engellenmesinin olmadığını, ayrıca belirli bir plan ve programa uyan yapılaşma olduğunu vurgulamıştır. Bu görüş kapsamında ilk dikkat çeken, çevrenin unsurları olarak belirlenen tabii güzelliklerin korunması, hava ve su kirliliğinin önlenmesi kavramlarının eksik bir tespit oluşturduğudur. Zira çevrenin korunması kapsamına sadece hava ve su kirliliği, doğal güzelliklerin korunması girmediği gibi, anayasal manada devletin ve yurttaşların ödevi sadece korumayı sağlamak değil, ayrıca çevre sağlığını geliştirmektir¹⁰⁴. Devletin çevreyi iyileştirme ödevi özellikle çevrenin tahribata uğradığı, yani zararın ortaya çıktığı durumlarda önem arz eder. Çevre kirliliği ile mücadelenin önleyici yolu olduğu kadar, iyileştirici yönün de bulunduğu unutulmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi, İmar Yasasının 26. maddesinin son fıkrasını iptal ederken çevre hakkıyla eşitlik ilkesi arasındaki bağlantıya da dikkat çekmiştir. İmar Yasasının ilgili maddesi uyarınca, sanayi kuruluşlarına mimari, statik, elektrik ve tesisat projeleri gibi yapının iç ve dış çevre güvenliği açısından önem taşıyan belgelere bakılmaksızın hiçbir kesinliği olmayan öncü projeye dayanarak ruhsat verilmesi Anayasa Mahkemesi tarafından, eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, çevre kirliliğinin önlenmesi için öncelikle sanayi kuruluşlarına tanınan istisnanın kaldırılması gerekir. Yüksek Mahkeme ayrıca, Anayasanın 56. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen "*Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak... amacıyla, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp düzenler*" hükmüne dayanarak sanayi kuruluşlarına bu tür bir istisna tanınmasının, devletin maddede sözü geçen ödevine aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. Oysaki sağlık hakkının icrası için devlete yükletilen bu ödevin çevrenin korunup, geliştirilmesiyle bir ilişkisi yoktur. Devletin kişinin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin bir ödevinden bahsedilecekse bu husus, en geniş ifade ile Anayasa md. 2'de bahsolunan sosyal devlet ilkesinden çıkmaktadır. Zira sosyal devletin en temel unsurlarından birini devletin, herkesin insan haysiyetine ve onuruna yakışır asgari bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler

¹⁰² Söz konusu çalışma kapsamında değinilen Anayasa Mahkemesi kararlarına, Anayasa Mahkemesinin resmi internet sayfası olan <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp> adresinden ilgili kararın Esas ve/veya Karar numarası verilerek ulaşılması mümkündür. Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2010.

¹⁰³ AYMK, E.1985/11, T.12.11.1986, K.1986/29.

¹⁰⁴ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.150.

alması oluşturmaktadır. Devletin bu görevine aykırı bir şekilde sanayi kuruluşlarına ruhsat alımı konusunda sağladığı istisna ise devletin bu görevine aykırılık teşkil edecektir.

Boğaziçi bölgesinde kamu kullanımı dışında yapılaşmaya izin veren İmar Yasasınının 47. maddesini de anayasaya aykırı bulan Yüksek Mahkeme, söz konusu yeşil alanların imara açılmasının kamu yararına aykırılık oluşturacağı tespitinde bulunmuştur. Mahkemenin çevre hakkının yanı sıra kamu yararı ölçütüne dayanması ile hukuk devleti ilkesine de göndermede bulunulmuş ve çevrenin korunmasını kamu yararının bir parçası olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁵. Anayasa Mahkemesi, kararlarında kamu yararı kavramını esas olarak özel yarar kavramının karşıtı olarak kullanmaktadır¹⁰⁶. Yüksek Mahkemenin, Boğaziçi bölgesinde imar affına imkân veren düzenlemeyi iptal ederken, bu alanın özel mülkiyete değil, kamunun kullanımına açık olması gerektiğine ilişkin yorumu bu fikri doğrular niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı neticesinde yapılacak en önemli tespit ise, Anayasa md. 56'nın yasamaya yön veren bir program hüküm olarak kabul edilmeyip, çevre hakkının artık bir subjektif kamu hakkı olarak kabul edilmesidir¹⁰⁷. Böylece, bireyler artık bu anayasal hakka dayanarak dava ve talep hakkına sahip olacaklardır. Anayasa Mahkemesi bu yorumuyla aynı zamanda çevre hakkının hukuki niteliğine ilişkin olarak yapılan tartışmalarda da tarafını belirtmiş olmaktadır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, çevre hakkına ilişkin olarak verdiği bir sonraki kararında¹⁰⁸ da bu görüşünü devam ettirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 1988 tarihli kararına göre, “*bu maddenin [Anayasa md. 56] birinci fıkrası, herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı bir hak olarak tanıırken, devlete de böylesi yaşamayı sağlamak ödevini yüklemiştir*” Dikkat edilirse burada Yüksek Mahkeme anayasal ödevden bahsederken sadece devletten bahsetmiş, vatandaşların çevre sağlığını korumak ve kirliliği önlemek ödevinden hiç bahsetmemiştir. Bu yorumuyla Anayasa Mahkemesi Anayasa md. 56'nın uygulama alanını da daraltmış olmaktadır¹⁰⁹.

VII. Sonuç

Bir insan hakkı olarak çevre hakkının, doğal ve yapay yaşamın devamı için oynadığı rol yadsınamaz. Gerçekten, sağlıklı ve dengeli bir çevre için gerekli ortam hazırlanmaksızın başkaca hak ve özgürlüklerden tam olarak yararlanılması beklenemez. İşte bu nedenle, çevre hakkının anayasal manada korunumu zorunludur. Zira çevre hakkının anayasal düzenlemenin dışına itilmesi, bu hakkın başta mülkiyet hakkı olmak üzere başkaca temel hak ve hürriyetlere kurban edilmesi sonucunu doğurabilir. Ancak, çevre hakkının korunup, gelişimi için başlı başına bu hususa ilişkin anayasaya sadece tek bir hüküm koymak da yeterli değildir. Ayrıca çevrenin korunmasını ve gelişimini destekleyecek diğer hükümlerin anayasal koruma altına alınması gerekmektedir. Or-

¹⁰⁵ Aynı yöndeki karar için bkz. AYMK, E.1988/61, T.28.06.1988, K.1989/28; AYMK E.1990/23, T.18.09.1991, K.1991/29.

¹⁰⁶ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.157.

¹⁰⁷ *Ibid.*, s.153; Ahmet Sandal, a.g.e., s.55.

¹⁰⁸ AYMK, E.1987/16, T.19.04.1988, K.1988/8; ayrıca bkz. AYMK, E.1988/61, T.28.06.1988, K.1989/28.

¹⁰⁹ E. Yasemin Özdek, a.g.e., s.153.

manların veya tarihi, kültürel ve doğal zenginliklerin anayasal çerçevede korunmadığı bir ortamda çevre hakkının gelişmesi beklenemez.

Hükümetin hazırlattığı Anayasa Önerisindeki çevreye ilişkin hükümler incelendiğinde işe, mevcut anayasal hükümlerden ya birebir alındığı ya da çevrenin korunması ve gelişimi amacını güden yürürlükteki anayasal hükümlerin kapsamlarının daraltıldığı veya tamamen göz ardı edildiği görülecektir. Özellikle ormanların siyasi propaganda maruz bırakılmasını yasaklayan 1982 Anayasasının 169. maddesinin 3. fıkrasına, yeni Anayasa Önerisinde hiç değinilmemiştir. Ayrıca çevre hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar incelenirken belirtildiği gibi, çevre hakkı artık yargının da kabul ettiği bir subjektif kamu hakkıdır. Bu anayasal hakka dayanarak, vatandaşların talep ve dava hakları vardır. Ortada hiçbir sebep olmaksızın Öneriden çevre hakkının çıkarılmasını ise, anlamak mümkün değildir. Gerçi, sırf çevre hakkının anayasal koruma dışına çıkarılması, çevresel değerlerin ihmal edildiği anlamına da gelmez. Ama sırf olumsuz bir getirisi yok diye, öğretilerdeki görüşler ve yargı kararlarıyla şekillendirilmiş olan bir kurumu kaldırmak da doğru değildir. Bunun yanı sıra Anayasa Önerisinde dayanışma haklarına hiç değinilmediği görülmektedir. Çevrenin korunumu ve gelişimini sağlamak amacıyla, çevre hakkının dayanışma haklarıyla olan sıkı bağlantısı göz önünde bulundurulmalı ve barış hakkı başta olmak üzere diğer dayanışma hakları da anayasal güvenceye kavuşturulmalıdır. Kısacası, Önerideki eksikliklerin derhal kaldırılması gerekmektedir. Zira çevresel değerlerin korunup, geliştirilmesi sadece günümüz kuşaklarının değil, gelecek nesillerin de sağlıklı bir ortamda yaşaması için olmazsa olmaz bir unsur olduğu kadar bir anayasal haktır.

KAYNAKÇA¹¹⁰

ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yay., Konya, [t.y].

CANGI, Arif Ali: "Çevre Hakkı ve Çevre Korumanın Hukuksal Yolları", İzmir Barosu Dergisi, 1999, Yıl: 65.

ERTAŞ, Şeref: Çevre Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 1999.

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2006.

GÜNEŞ, Yusuf/ÇOŞKUN, Aynur Aydın: Çevre Hukuku, Kazancı Kitap Yay., İstanbul, 2004.

GÜRSELER, İ. Güneş: "Çevre Hakkı ve Anayasa", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı 75.

GÜRSELER, İ. Güneş: "Türkiye'de Çevre Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/3.

HAMAMCI, Can: "Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler", İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE Yay., C.5-6, 1983-1984, [y.y].

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yay., İstanbul, 2006.

KABOĞLU, İbrahim: Çevre hakkı, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1996.

¹¹⁰ Kaynakçada, çalışma kapsamında değinilen mahkeme kararlarına ve internet adreslerine yer verilmiştir.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Hak ve Özgürlük Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 11, 1999.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: “İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze)”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 9, 1992.

KELEŞ, Ruşen/ERTAN, Birol: Çevre Hukukuna Giriş, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 2002.

KUZU, Burhan: Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı (Çevreye Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı), Fakülteler Matbaası Yay., İstanbul, 1997.

KÜÇÜK, Tefik Sönmez: AKP ve “Çevre”..., Cumhuriyet Gazetesi, 22 Eylül 2009.

KÜÇÜK, Tefik Sönmez: İktidar Partisinin ‘çevresi’, Radikal Gazetesi, 29 Ağustos 2009.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2001.

ÖZDEK, E. Yasemin: İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yay., Ankara, 1993.

ÖZER, Atilla: “Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1988, Cilt: 55.

ÖZER, Atilla: Gereçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara, 1996.

Özgürlükçü-Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler: Disk Yay., Ankara, 2009.

SAĞLAM, Fazıl: Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma, Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.768 vd.

SANDAL, Ahmet: “Ombudsman Kurumunun Çevre Hakkının Korunması ve Çevre Denetiminin Sağlanması Açısından İncelenmesi”, Manisa Barosu Dergisi Yıl: 1998, Sayı: 64-67.

SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, [k.y.], İstanbul, 1987.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2002.

TURGUT, Nükhet: Çevre Politikası ve Çevre Hukuku, İmge Yayınevi Yay., Ankara, 2009.

TURGUT, Nükhet: “Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yay., 2006.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2007.

UYGUN, Oktay: 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yay., İstanbul, 1992.

YANCI, Nihan: “Çevresel Bilgilenme Hakkı”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2004.

HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİNİN VEKÂLET SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

(A DISCUSSION OF RELATIONSHIP BETWEEN THE PHYSICIAN AND THE PATIENT IN THE FRAMEWORK OF THE PROVISIONS OF CONTRACT OF MANDATE)

Araş. Gör./ Res. Asst. Tuğçe TEK BEN*

ÖZET

Bu makalede hekim ile hasta arası ilişkinin özellikleri ve nitelikleri incelenmiştir. Özellikle 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde, hekimin borçları ve sorumlulukları değerlendirilmiştir. Bazı hususlar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hakkı, hekim, hasta, vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekilin borçları.

ABSTRACT

The following paper examines the characteristics and attributes of the relationship between physician (medical doctor, practitioner, etc.) and patient. The obligations and responsibilities of the physician, especially within the framework of the provisions of the contract of mandate under the Code of Obligations no. 818 are discussed. A brief comparison is made between these provisions and the provisions in the new Turkish Code of Obligations no. 6098.

Keywords: The right to health, physician, patient, contract of mandate, contract for services, work contract, the obligations of mandatee.

A. GİRİŞ

Sağlık hakkı, bireysel ölçekte sağlığın öncelikle korunmasını, hastalık halinde ise teşhis ve tedavinin gerçekleştirilmesini talep etmeye yönelen; toplumsal ölçekte ise T.C Anayasasının çeşitli maddelerinde yansımalarını bulan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının bütünleyicisi olan temel haklardandır. Bu konuda T.C Anayasasında da sağlık ve yaşama hakkını düzenleyen birçok madde mevcuttur. Örneğin, Anayasa m.12: “herkes, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” şeklinde, m.17 ise: “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” şeklinde olup, m. 56’da ise sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı düzenlenmektedir¹. Ayrıca Anayasa m.56’nın son fıkrası Devlete,

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

¹ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m.5/a’ da yer alan düzenleme de: “Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur” şeklindedir. Bu konuda 19.02.1960 tarih,10436

herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevini yüklemiştir. Bunun yanı sıra kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu hak, kişilik hakkına² dâhil olup; TMK m. 24³, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına yönelen saldırılara karşı korunma imkânı getirmiştir. Ayrıca BK m. 47 bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda manevi tazminat sorumluluğunun gerçekleşeceğine ilişkin düzenleme içermektedir⁴. Bunun yanı sıra yaşama ve sağlık hakkına karşı saldırıların mevcudiyeti halinde, gerçekleşen suç tipine ve ağırlığına göre Türk Ceza Kanununda da çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Mevzuatımız kadar uluslar arası mevzuatta da önemli olan bu tür değerlerin ihlal edilmesinin, özel hukuk bakımından haksız fiil sorumluluğu oluşturmasının yanı sıra ceza hukuku bakımından da suç kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir. Bunun dışında bu tür müdahalelerin bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilmesi, bu sözleşmenin tipinin belirlenmesi ve dolayısıyla bu alanda kullanılan ölçütleri de belirleme mecburiyetini gerektirmiştir. Bu çalışmada, çoğunlukla vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilen hekim ile hasta ilişkisi, vekâlet sözleşmesinin özellikleri esas alınarak incelenmiş ve hekimin bir vekil olarak borçlarının neler olduğu irdelenmeye çalışılmıştır.

B. HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİ

Hekim⁵ ve hasta⁶ ilişkisi öncelikle bir sözleşme ilişkisi olarak düşünülmelidir. Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının uyuşmasıyla meydana

sayılı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) m.14'de de benzer düzenleme yer almaktadır. <http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net>. Ayrıca 14.11.1950 tarihinde kabul edilen 3.9.1953 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme m.2'de yer alan düzenleme: "her ferdin yaşama hakkı, kanunun koruması altındadır" şeklindedir. 1948 Sayılı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.25'de: "Herkesin, kendisi ve ailesinin sağlık ve gönenci için beslenme[...]tbbi bakım hakkı vardır[...]" şeklinde olup sağlık hakkına yönelik düzenleme getirmektedir. <http://www.belgenet.com>.

² Bir kimsenin yaşama hakkı ile vücut bütünlüğüne yönelik hakkının, en kutsal kişilik hakkı görünümlerinden olup, kişilik haklarının, kamu hukuku alanındaki yansımalarının, insan hakları olduğu ifade edilebilir. Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s.104-109.

³ TMK m.24: "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir [...]" şeklindedir. Yavuz, Cevdet, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, 8. Baskı, İstanbul 2011.

⁴ BK m.47: "Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara دچار olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir." şeklindedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.56 hükmünde de benzer düzenleme yer almaktadır. Kanun, "Yürürlük" başlığını taşıyan m.648 düzenlemesi gereğince, 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Resmi Gazete Numarası: 27836.(Erişim Adresi: <http://www.resmigazete.gov.tr>).

⁵ 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞSTİDK) m.1'de yer alan düzenlemeye göre hekimlik için: "Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır."

⁶ Hasta, HHY m.4/I'de; "sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsedir" şeklinde tanımlanmıştır. İpekyüz hastayı, "sağlık ve iyilik hali içinde olmayıp, sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sağlık personelinin tıbbi yardımına ihtiyaç duyan kişi" olarak tanımlamıştır. İpekyüz, Yavuz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s.20.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

na gelen bir hukuki işlem olup, aynı zamanda bir borç kaynağıdır. Bir sözleşmenin kurulması için iki irade beyanına ihtiyaç olup, bunlardan zamansal olarak önce yapılmı icap, sonra yapılanı ise kabul olarak adlandırılır. Hekim ile hastanın ilişkisi bakımından, hastanın hekime ya da hastaneye teşhis ve tedavi için başvuru yapması icap olarak anlaşılmalıdır⁷. Hekimin de hastaya yönelik teşhis ve tedavi işlemlerini açıkça kabul etmesi, hastayla ilgilenip teşhis veya tedaviye başlaması halinde ise (BK m.6) zımnen kabul⁸ söz konusu olacak ve sözleşme kurulmuş olacaktır. İcap ve kabul beyanlarının belli özellikleri taşıması gerekir. İcap, sözleşmenin kurucu unsurlarını içermeli, kabul de icabı değiştirecek nitelikte olmayıp, icaba uygun olmalıdır. Örneğin, hastanenin kapısına asılan bir levhada, belli tedavi ücretleri ve bunlarda belli yüzdelerde indirim yapıldığı yazılmışsa, BK m.7/son⁹ gereğince bu yazı, hastalara yönelik bir icap sayılacaktır¹⁰. Zira sözleşmeyi ücretli vekâlet olarak düşünmemiz durumunda, esaslı unsurları olarak addedilebilecek olan işin görülmesi ve ücret unsurlarını içermektedir. Fakat sadece yüzde on indirim yazılmış, hangi hizmetlerin bu kapsamda olduğundan bahsedilmemişse icap değil, icaba davet sayılacaktır. Bu son durumda hastanın, hastaneye hangi hizmetlerde bu indirimin uygulanacağını sorması ve bunu öğrenmesi için yapılan açıklamalar icap teşkil eder ve hastanın kabulüyle de sözleşme kurulmuş olur. Fakat kurulan sözleşmenin niteliği konusunda farklı kalıplar olduğu için buna bağlanan hukuki sonuçlar da farklı olabilecektir. Bir sözleşmenin kurulması için tarafların sözleşmenin esaslı noktaları konusunda anlaşmaları gerekli ve yeterlidir. Hekim ile hasta arası ilişki, hangi sözleşme kalıbına dâhil olacak ise, o sözleşmeye ait esaslı noktalarda anlaşılması gerekir, tarafların hak ve borçları¹¹ ile sorumluluk ölçütleri de buna göre belirlenmiş olur.

⁷ Hekimin ya da geniş anlamda hastanelerin de hastalara tedavi imkânları konusunda cep telefonu mesajları, elektronik postalar ya da telefon aracılığıyla bilgi vermeleri icaba davet sayılmalı, hastanın hastaneye müracaatı icap niteliğinde görülüp hastanenin kabul beyanıyla ise sözleşme kurulmuş olmaktadır.

⁸ Bkz; TBK m.6' "örtülü kabul" başlığını taşımaktadır.

⁹ "Bağlayıcı olmayan öneri ve herkese açık öneri" başlığını taşıyan, TBK m.8/II de, mevcut düzenlemeye benzer şekilde fiyatının gösterilerek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesini öneri saymaktadır.

¹⁰ Aşçıoğlu da işyerinde asılan muayene ve tedavi ücretlerinin, ücretin ilam niteliğinde olup, hastanın hekime başvurmasıyla bunu kabul etmiş sayılacağını ifade etmiştir. Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların ve Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezaî ve Hukukî), Ankara,1993, s.17.

¹¹ Hasta hakları, doktrinde "kişinin mutlak devredilmeyen ve hatta kendisine karşı dahi korunan anayasal temel hakları ile yine bu temel haklar arasında kabul edilen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının hasta hekim ilişkisinde gerçekleşmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Zeytin, Zafer, "Hasta-Hekim ilişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Sağlık Hakkı, Hasta Hakları, Sayı:3, Kasım 2007, Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s.165.

Sözleşme ilişkisinin bir tarafını oluşturan hastanın, bu sözleşmeden kaynaklanan talep hakları olabileceği gibi, sırf hasta olması sebebiyle genel anlamda da haklarını düzenleyen mevzuat hükümlerimiz mevcuttur. Örneğin, 1972 yılında Amerikan Hastaneler Birliği tarafından "Hasta Hakları Beyannamesi" yayınlanmış, 1981'de "Lizbon Hasta Hakları Bildirisi",1987'de "Madrid Ötenazi Bildirisi",1994'de "Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi", 1997'de "Biyotıp Sözleşmesi" kabul edilmiştir. 2002 yılında "Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü" ve Türk Hukukunda da "Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN)", "Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)" ve "Hekimin Meslek Etiği Kuralları" bu alanda kabul edil-

Bu noktada önemli olan bir husus da, hekime ya da hekimin çalıştığı özel sağlık kurumuna başvuran hasta ile hekim ya da o kurum arasındaki ilişkinin niteliğidir. Bu durumda hasta ile hekim arası sözleşme, doktrinde “hekimlik sözleşmesi” ya da “teşhis tedavi sözleşmesi”; hasta ile kurum arasındaki sözleşme ise, “hastane sözleşmesi” ya da “hastaneye kabul sözleşmesi” şeklinde isimlendirilmektedir¹².

Fark edildiği üzere hastanın tedavi amacıyla doğrudan hekime başvurması ile hastaneye başvurması arasında özünde çok farklılık olmamakla beraber, kavramlandırma konusunda doktrinde belli ölçütler öngörülmüştür. Buna göre hastaneye kabul sözleşmesinin aslında iki görünümü vardır. İlk görünümü; hastanın belli bir hekime tedavi olma iradesi olmaksızın doğrudan hastaneye başvurması¹³ ve hastane ile hasta arasında vekâlet, kira (hastanede kalma, refakat) ve satış sözleşmelerinin (yemek, ikram) özelliklerini içinde barındıran karma bir sözleşme oluşması durumudur. Bu durumda tedavi, o hastanede hizmet sözleşmesi ile çalışan hekimler¹⁴ ve diğer sağlık personeli tarafından gerçekleştirilecek olup, hastanın tedavi ücretini hekime değil, hastaneye ödemesi söz konusu olacaktır. Bu durum, hem hastane ile hem de hekim ile birlikte bir sözleşme yapıldığından, doktrinde “tam hastaneye kabul sözleşmesi” olarak isimlendirilmektedir¹⁵. Esasen, hastane ile hasta arasında karma bir sözleşmenin bulunduğu tam hastaneye kabul sözleşmesinin mevcut olduğu hallerde, hasta ile hekim arasında da gizli bir vekâlet sözleşmesinin kurulduğunu kabul edebiliriz.

miş düzenlemelerdir. Bkz; **Başpınar**, Veysel, Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hakkı, Hasta Hakları, Sayı 3, Kasım 2007, s.191; **Eroğlu**, Fulya, “Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Yer Alan Haklara İlişkin Bir İnceleme”, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 3, s.1,2.

¹² Hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane; özel sağlık kurum ve kuruluşları (tıp merkezleri, özel dal merkezleri, teşhis merkezleri) ve özel hastaneler olabilmektedir. Özel hastane kavramına ise, belli kesime hizmet vermek için kurulmuş Devlet Demir Yolları hastaneleri gibi hastaneler dâhil değildir. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün, 2003/16 esas, 2003/23 karar numaralı ve 28.4.2003 tarihli, “Sağlık Hizmeti” başlığını içeren kararında; “Yukarıda belirtilen yasal düzenlemelere göre, TCDD işletmesince, teşkilatında çalıştırdığı personel ile ailesi efradının sağlığını korumak maksadıyla açtığı TCDD Ankara Hastanesinde verilen sağlık hizmetinin, kuruluş amacında belirtildiği üzere bir kamu hizmeti olarak yürütüldüğü kuşkusuzdur.”denilmektedir. **Savaş Halide**, “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 2007/3, s.1016, dn.54.

¹³ **Özgül**, Emin, Mehmet, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010, s.59.

¹⁴ Doktrinde, hekimin, hasta ile tam tedavi sözleşmesini yapan hastane sahibinin ifa yardımcısı olduğu ifade edilmektedir. **Ayan**, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.134.(Naklen; **Aşçıoğlu**, s.21). Oysa **Aşçıoğlu**, hekim ile hastane arasında hizmet ilişkisi olup, hekimin ifa yardımcısı olarak değerlendirilmesi ihtimalinde, hekimin, tedaviyi, hastane sahibinin denetimi ve gözetimi altında gerçekleştireceği sonucuna varmaktadır. Bu çerçevede, hekimin tedavide bağımsızlığı, güven unsuru, rızanın hekime yöneltilişi gibi gerekçelerle Türk hukuku açısından, tedaviden söz edilen her durumda, hekimin ikame vekil olarak (hasta tarafından hastaneye, tıbbi yardımda bulunacak hekimin atanması konusunda yetki verilmek suretiyle) tıbbi yardımda bulunacağı kabul edilmesi gerektiğini ve hastane ile hekim arasındaki ilişkinin hizmet değil, vekâlet olarak düşünülmesi gerektiğini ifade etmiştir. **Aşçıoğlu**, s.21,22.

¹⁵ **Özgül**, tam hastaneye kabul sözleşmesinin hekimlik sözleşmesi olmadan da söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. **Özgül**, s.59. Bu konudaki görüşler için ayrıca bkz; **Savaş**, s.1013

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Hastaneye kabul sözleşmesinin diğer görünümü, hastanın doğrudan hekim ile sözleşme yapması durumudur. Hekimin hastaneyi kiraladığı bu ihtimalde hasta, hekim ile ilişkisi kadar doğrudan olmasa da, hastane ile de kendisine verilecek olan oda, yemek, tıbbi bakım gibi hizmetler için bir ilişki içinde olup, bu hizmetlerin karşılığını hastaneye ödemektedir. Bu hizmetlerden kaynaklı bir zarar meydana geldiğinde hastanın, hastaneyi de sorumlu tutması mümkün olur. Bu ihtimalde sözleşme, hekimle ve hastane ile ayrı ayrı yapıldığından “bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi” olarak isimlendirilmektedir¹⁶. Belirtilen bu hususların kamuya ait hastaneler ve orada çalışan hekimler ile hastaları arasındaki ilişki için geçerli olmadığı da ifade edilmelidir. Devlet hastanesine başvuran hasta ile hastane veya bu hastanede çalışan hekim arasındaki ilişki kamusal bir ilişki olarak kabul edilir¹⁷. Dolayısıyla bu durumlarda özel hukuk sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü devlet hastanelerine başvuran hasta ile orada kamu görevlisi olarak çalışan bir hekim arasında önceden bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Zira sözleşme serbestisi ilkesi, tarafların sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içermesine rağmen, devlet hastanesine gelen hastanın ve orada devlet memuru olarak görevini ifa eden hekimin çoğu zaman böyle bir seçme özgürlüğü mevcut olmamaktadır¹⁸.

Devlet hastanesinde, hekimin, teşhis ve tedavide tedbirli, dikkatli davranması onun görevi gereğidir. Hekim, eğer hastaya bir zarar verirse, sorumluluk Devlet’e ait olur, hasta tam yargı davası açmak suretiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir¹⁹. Fakat hekimin görevden ayrılabilen şahsi kusuru varsa, hekime rücu imkânı oluşur ve

¹⁶ Savaş, s.1013.

¹⁷ Gümüş, Alper, Mustafa, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s.12; Aşçıoğlu, s. 23; Ayan, s.173.(Naklen; Başpınar, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 95; Özsunay, Ergun/Elver, Nazan, “Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 94. Yargıtay HGK da bu hususta şunları ifade etmiştir; “[...] yaptığı doğum sırasında hastane personelinin meslek ve sanata acemiliğine bağlı olarak müdahaleyi tıp kurallarına aykırı yapmaları sonucu, çocuğun beyin ve beyincik bölgesinde hasar oluştuğunu [...] nedeniyle açılan [...] maddi [...] manevi tazminatın [...] bu tür uyumsuzluklarda hangi özel hukuk kurallarının uygulanacağı da açığa çıkarılması gerekir [...]”. “[...] Devlet, Üniversite, Belediye ve SSK’na ait hastaneler ile doktor arasındaki ilişki ilke olarak kamusal bir ilişkidir [...]”. Yargıtay HGK, 26.02.2003 T, 2003/21-95 E,113K. Karahasan, Reşit, Mustafa, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, Beşinci Cilt, İstanbul 2004, s.741,742. Yargıtay 13.HD. 30.12.1985 T, 6950 E, 7902 K. Yargıtay 13.HD. 6.11.2000 T, 8590 E, 9569 K. (Kazanıcı).

¹⁸ Aşçıoğlu ise bu konuda farklı görüştedir. Yazar tarafından, hasta ile kamu hastanesinde çalışan hekim arasındaki ilişkinin gerçekleşme biçimine bakılmaksızın, özel hastanede çalışan hekim ile hastanın ilişkisinden farklı düşünülmemesi gerektiği ifade edilmiş ve kamu hastanesine başvuran hastanın da, hekimini seçme hakkının mevcudiyeti kabul edilmek suretiyle, burada da hekim ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi olduğu öne sürülmüştür. Ayrıca, hekimin tedaviyi idare hukuku kurallarına göre değil, bağımsız tıp kurallarına göre yaptığının da unutulmaması gerektiği ifade edilmiştir. Aşçıoğlu, s.24.

¹⁹ Yargıtay da; kamu tüzel kişiliğine sahip üniversiteye karşı sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zarardan dolayı açılan tazminat davasının, idari yargı yerinde görülmesi gerektiği ileri sürülerek görev itirazında bulunulması üzerine, Anayasanın 125.maddesi ve 2577 sayılı yasa gereğince tam yargı davası kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Yargıtay 26.12.2005 T, 65 E, 114 K. (Kazanıcı).

bu dava, adli yargıda açılabilir²⁰. Bu durumun anayasal dayanağı, m.40/3'de yer alan: "kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da Devletçe tazmin edilir" düzenlemesi olup, ayrıca m.129/5'de yer alan düzenleme de: "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" şeklindedir. Ayrıca Devlet Memurları Kanunu m.13'de yer alan düzenleme: "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar [...]" şeklindedir²¹.

Çalışma konumuz, hekim ile hasta ilişkisinin sözleşme ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesine yönelik olduğundan, öncelikle bu ilişkinin eser (istisna), hizmet, vekâlet veya tüketici sözleşmelerinin özelliklerine ne kadar uygun olduğu veya kendine özgü yapısı olan bir sözleşme (sui generis) olarak mı nitelendirilmesi gerektiği konusunu kısaca değerlendirmeyi uygun bulduk.

I- İlişkinin Hizmet Sözleşmesinin Özellikleri Yönünden Değerlendirilmesi

BK m. 313'de yer alan düzenleme: "*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen ve gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder*" şeklindedir²². Bu tanıma göre, hizmet sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşme olup, tarafların edimleri, birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Yani ücret bu sözleşmenin asli unsurlarındandır. Hekim ile hasta ilişkisini hizmet sözleşmesinin kalıplarına yerleştirdiğimiz zaman, hekim işçi, hasta ise işveren konumundadır ve kanuni tanıma göre hekimin belli bir zamanda tedavi borcu doğar. Çünkü hizmet sözleşmesinin ayırıcı ölçüsü, belirli ya da belirsiz bir süre için hizmet ediminin ifasıdır²³.

²⁰ Doktrinde ifade edildiği üzere, "[...]kişisel kusur nedeniyle hekimin ve diğer sağlık bakımı görevlilerinin de sorumlu tutulabilmeleri mümkündür". Özsunay/Elver, s. 94. Hekimin, idarenin ve her ikisinin de sorumlu oldukları durumlarla ilgili olarak bkz; Güran, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s.78-87. Bu konuda, Yargıtay; "hekim tedavide kusurlu bulunduğu halde üniversite idaresi ile gerçek kişi olan hekim birlikte dava edilmiştir. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre ise, idare mahkemelerinde ancak ilgili idare dava edilebilir. Gerçek kişiler aleyhine idare mahkemelerinde dava açılmayacağından adli yargının görevli olduğu" yönünde karar vermiştir. Yargıtay HGK. 15.11.2000 T, 2004/4-1650 E, 2000/1690 K. Keza Yargıtay başka bir kararında; "ilişki ister kamusal ister sözleşmesel kabul edilsin, her iki durumda da davalı hekimin görevden ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusurunun ağır basması durumunda salt kişisel kusura dayalı dava açılmış olması bile, adli yargı yerinin görevli kabul edilmesi için yeterli bulunmuştur. İdari görev ve yetkilerini kullanırken hekim kusurlu eylemiyle birilerine zarar vermiş, fakat ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Dolayısıyla memurun kasıtlı eylemi ile taksirli eylemi arasında kişisel kusurun varlığı noktasında farklılık bulunmamaktadır" şeklinde bu hususu ifade etmiştir. Yargıtay HGK. 26.09.2001 T, 4-595E, 643K. Ayrıca bkz; Yargıtay 4. HD. 30.11.1998, 6342-9531 Sayılı Kararı, Yargıtay 4.HD.17.12.1976 T, 692 E-11046 K. Sayılı Kararı. (Kazancı).

²¹ HHY'de yer alan "Sorumluluk ve Hukuki Korunma Yolları" başlığı altında, m.42 ve devamında sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumluluğuna ilişkin hükümler de mevcuttur.

²² Bkz; Yeni TBK m.393.

²³ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, Beşinci Bası, İstanbul 2010, s. 376; İnal, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 329; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku ÜHF D Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - ÜHF D Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Hizmet sözleşmesindeki zamana bağlılık unsuru, hekim ile hasta ilişkisinin, hizmet sözleşmesi olarak görülmesini engelleyen en önemli faktördür²⁴. Çünkü hekimin hastalığa belli bir zamanda teşhis koymasını veya hastayı belli bir zaman dilimi geçmeden tedavi etmesini ve/veya tedaviyi sonlandırmasını beklemek mümkün olmamaktadır. Her hastalığın iyileşme dönemi farklı olabileceği gibi, hastada beklenmedik durumlar ortaya çıkıp tedavi süresini uzatabilir. Ayrıca her hastalığa anında teşhis konulması da her zaman mümkün olmamaktadır. Bu, hekimin faaliyetinin doğal bir sonucudur. Hizmet sözleşmesine göre, bir işçiden iki hafta içinde fabrikada çalışmalarını tamamlamasını beklemek ile hekimin iki hafta içinde hastalığı tamamen çözüp, hastayı eski sağlığına kavuşturmasını beklemek aynı kurallara tabi olmamalıdır.

Bunun yanı sıra, hizmet sözleşmesindeki ast ve üst ilişkisinin de hekim ile hasta bakımından uygulanması zor görünmektedir. İşçiden işverenin emir ve talimatlarına göre işi yapması beklenirken; mesleğinin eğitimini alıp, ihtisasını tamamlamış bir hekimin ise kendi tıbbi bilgi tecrübesine göre hastaya teşhis koyup, tedavi etmesi, ilaç yazması beklenmektedir. Tıbbi müdahale²⁵, hastanın talimatlarına bağlı olarak değil, mesleğin gerektirdiği şekilde, bağımlılık unsuru olmaksızın yerine getirilir²⁶. Ayrıca hizmet sözleşmesinde, bağımlılığın bir sonucu olarak, çoğu zaman iş, işçi tarafından,

ku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 248; **Zevkiler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Bası, Ankara 2010, s. 331; **İpekyüz**, s. 56; **Özgül**, s. 61. **Berki**, hizmet sözleşmesinde mekanik bir işin yapılması gerekirken, vekâlet sözleşmesinde hukuki işlemlerin yapılmasının da söz konusu olabildiğini ifade etmiştir. **Berki**, Şakir, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 157. Bu konuda bkz; Yargıtay 4.HD. 30.3.1971 T, 3817 E, 2991 K. **Karahasan**, s. 755. **Reisoğlu** ise, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin genellikle vekâlet olduğunu fakat belli bir iş için olmamakla beraber, ancak aile hekimliğinde olduğu gibi ilişkinin belli bir süre devam etmesi halinde hizmet sözleşmesinin söz konusu olduğunu ifade etmiştir. **Reisoğlu**, Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 12; **Başpınar** ise, aile hekimliği sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir. **Başpınar**, (Özen), s. 193.

²⁴ **Özgül**, s. 66; **Başpınar**, (Özen), s. 193; **İpekyüz**, s. 57. **Şenocak**, bu hususta şunları ifade etmiştir: "Süre-ye bağlı olmak, doktorun üstlendiği münferit tedavi borcuyla bağdaşmaz. Zira tıbbi müdahalenin ne kadar süreceği, hastalığın türüne, hastanın durumuna bağlı olacağından, önceden kesin olarak tespit edilemez." **Şenocak**, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Özellikle Doktor, Avukat ve Mimarın Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s.302. Yargıtay da bu hususlar ile ilgili olmak üzere; "aradaki ilişkinin hizmete mi yoksa vekillik sözleşmesine dayandığı sorununun çözümünde; iş, ücret ve bağımlılık öğeleri ile yetinilmeyip, yapılacak işin zamanla mı, yoksa sayı ile mi sınırlandırılmasının da dikkate alınması gerekir. Eğer sayı ile bir sınırlandırma varsa, ilişkinin vekillik sözleşmesine dayandığı, tersi durumda hizmet sözleşmesinin söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır." şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 9 HD.20.6.1996 T, 3092 E,14111 K.**Karahasan**, s.742,743.

²⁵ **Arpacı**, tıbbi müdahaleden, tedavi amaçlı ve en azından hastalığı önlemek için yapılan müdahalelerin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. **Arpacı**, Abdülkadir, "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları", YÜHFD, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, VI/2,2009, s.6. **İpekyüz** ise, tıbbi müdahalelerin, teşhis, tedavi, önleme amaçlı, nüfus planlamasına yönelik, organ ve doku nakli şeklinde, estetik amaçlı ve cinsel faaliyete ilişkin (sterilizasyon, kastrasyon, gebeliğin sona erdirilmesi, cinsiyet değişikliği) olabileceğini ifade etmektedir. **İpekyüz**, s. 22-45; Tıbbi müdahale kavramı hakkında ayrıca bkz; **Özgül**, s.5-10.

²⁶ **Özgül**, s. 61; **Aşçıoğlu**, s.19,21.

işverene ait işyerinde ve onun sağladığı araçlarla görülmek durumundadır²⁷. Hekimin ise istisnai durumlarda hastanın evine gitmesi düşünülebilirse²⁸ de - ki bir hekimin bütün hastalarının evine tedavi amaçlı gitmesi hem ekonomik hem de fiilen çok zor olmakla beraber, bu durumda hekimin tek bir işyerinin mevcudiyetinden de bahsedemeyiz- hastanın sağladığı aletlerle hastayı tedavi etmesi gibi bir durum da söz konusu olmaz. Bunun aksine, mesleki bilgisinin üstünlüğü nedeniyle hekim, hastaya uyması gereken tavsiyeleri ve talimatları verir. Bu nedenle hekim ile hasta arasında bir hiyerarşi ilişkisi olmadan, hekimin mesleki kuralları ve belli hakları ihlal boyutuna vardırmayacak bir serbesti çerçevesinde borcunu ifa edeceğini düşünmek gerekir.

II- İlişkinin Eser Sözleşmesinin Özellikleri Yönünden Değerlendirilmesi;

BK m.355'de yer alan düzenleme²⁹: "İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey³⁰ imalini iltizam eder" şeklinde olup, eser sözleşmesinin iki asli unsuruna yer vermiştir. Buna göre eser sözleşmesinde, taraflardan birinin borcu bir eser, bir sonuç³¹ meydana getirmek (ve teslim etmek) iken diğerinin borcu, bunun karşılığını ödemek olur. Eser sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, sürekli bir borç ilişkisi doğurmamaktadır. Bu noktada hekim ile hasta ilişkisini eser sözleşmesinin kalıplarında düşündüğümüz zaman, hekimin borcu, eser sözleşmesindeki müteahhidin bir eser, bir sonuç meydana getirme borcu olarak düşünülür; hastanın ise bunun karşılığında bir bedel ödemek borcu doğar. Fakat işin doğası gereği, hekimin bir sonuç taahhüdünde bulunması imkânsızdır³². Bir hekim, "hastayı mutlaka iyileştirmeyi değil, bilgi ve becerisini kulla-

²⁷ Tandoğan, s. 377; İnal tarafından da belirtildiği üzere, "sağlık personeli vermeye yetkili olduğu hizmet türünün uygulamasını, kamu ve özel hukuk kişilerine ait olabilen ve tıbbi hizmetin görülmesi yönünde yetkilendirilmiş ve ayakta veya yataklı tedavi ihtiyaçlarının gereklerine göre donatılmış hastane, klinik, dispanser veya muayenehane gibi yerlerde gerçekleştirilmektedir. Bağımsız çalışan hekim veya işyeri işletmeye yetkili diğer sağlık personeli, kendi işyerinde, muayenehanesinde, kliniğinde işveren olarak başkalarını istihdam edebilmekte ve bu konumunda işveren sıfatını taşımaktadır." İnal, s.141.

²⁸ HHY m.41'de yer alan düzenleme: "koruyucu sağlık hizmetlerinin verilmesi, tıbbi sebeplerden dolayı sağlık kuruluşuna bizzat gidilemeyen veya götürülemeyen haller ve tabii afetler gibi olağanüstü hallerde hastaların sağlık hizmetlerinden buldukları yerlerde faydalanmalarının mümkün olduğu" şeklindedir. Fakat bu yönetmelik hükmünün istisnai halleri düzenlediği ve istisnaların dar yorumlanacağı ilkesi göz ardı edilmemelidir.

²⁹ TBK m.470, eser sözleşmesinin tanımını yapmaktadır. Buna göre eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

³⁰ "Bir şey" tabiri önceden sadece maddi bir şey olarak düşünülmüş olmasına rağmen, daha sonra bir fikri ürünün ve insan emeğinin de bu kapsamda olabileceği belirtilmiştir. Tandoğan, s. 3-24; Zevkliler/Gökyayla, s. 345. Alman Medeni Kanununa göre de, eser sözleşmesinin konusunu, bir şeyin imali, değiştirilmesi oluşturabileceği gibi, bir iş görme veya hizmet ediminden ortaya çıkan diğer bir sonuç da oluşturabilir. Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 318.

³¹ Hatemi, Hüseyin /Serozan, Rona /Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 354; Tandoğan, s. 22; Aral, s. 325; Zevkliler/Gökyayla, s. 345; Aşçıoğlu, s. 17; Bilge, s. 213.

³² İnal, s. 329; Başpınar' da, sonucun elde edilmesinin vekilin dışında başka unsurlara, olaylara, sebeplere bağlı olabildiği hekimlik mesleğinde, sonucun garanti edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Başpınar, (Sorumluluk), s. 92. Eser sözleşmesinde sonucun garanti edilmesi, vekâlet sözleşmesinden YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

narak elinden geleni yapmayı borçlanır³³”. Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.3: “Hekim ve diş hekimi, ilmi gereklere uygun olarak³⁴ teşhis koyar ve gereken tedaviyi uygular. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile sonuçlanmamasından dolayı, deontoloji bakımından sorumlu tutulamaz” şeklinde olup, hekimin hastayı mutlaka iyileştireceğine dair bir taahhütte bulunamayacağı ve istenilen sonucun gerçekleşmesinden de sorumlu tutulamayacağı durumu somutlaştırılmıştır. Oysa eser sözleşmesinin en önemli özelliği, sonuç meydana getirme borcudur. Hekimin faaliyeti ise özünde her zaman öngörülebilir ya da öngörülemez riskler taşıyabilmektedir. İnsan sağlığını iyileştirme faaliyetini, çok az rastlanan bir tablonun yapımı borcu ile kıyaslamak, bireyin vücut bütünlüğü ve buna benzer kişilik değerleri ile yaşama hakkının hiçe sayıldığı anlamına gelir. Bu nedenle eğer hekim, hasta ile aralarındaki ilişkiye göre mesleğinin gerektirdiği ölçüde elinden geleni yapmış ve başarılı sonuç gerçekleşmemiş ise, sadece o sonucun gerçekleşmemesi yüzünden sorumlu tutulmamalıdır. *Belgesay*, bu durumu tıbbi müdahaleler bakımından şu şekilde ifade etmektedir: “Hasta, doktora iyi olmak için başvurmakla beraber, doktor nadir istisnalar dışında, onu iyi etmeyi değil, iyi olması için gerekli şeyleri yapmayı üstlendiğinden sözleşme eser sözleşmesi olamaz. Eser sözleşmesinde vasita değil, sonuç taahhüt olunur³⁵”.

Bazı tıbbi faaliyetler ise bir sonucun gerçekleşmesine yönelik olabilmektedir. Örneğin, diş protezleri ve dolguları, yapay bacak veya kol takılması ve benzer durumlarda tıpkı eser sözleşmesinde olduğu gibi gözle görülür bir sonucun gerçekleştirilmesine çalışılmaktadır. Hekimi bu noktada müteahhit gibi düşünmek, sözleşmeyi de eser sözleşmesi olarak kabul etmek yanlış olmaz. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, vücut bütünlüğüne yönelik estetik amaçlı müdahalelerin de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁶.

ayrılan bir noktadır. *Bilge*'nin de belirttiği üzere; eser sözleşmesinde sonuç önemlidir, vekâlette ise sonuçtan çok emek önemlidir. *Bilge*, s. 249. Eser sözleşmesinde sonuç taahhüt edilmesinin bir sonucu olarak, *Berki*, eser tamamlanmadıkça ücrete hak kazanılmazken, vekâlet sözleşmesinde vekilin, mücbir sebeple vekâleti yapamayacak duruma gelmesi durumunda, o zamana kadar görmüş olduğu işlerin ücretini alabileceğini belirtmiştir. *Berki*, s. 158.

³³ *Hatemi/Serozan/Arpacı*, s. 388.

³⁴ İlmî gereklerden ne anlaşılması gerektiği de net olmamakla birlikte, bir ülkede ilmi gereklere uygun olan tedavi şeklinin diğer bir ülkede uygunluğu sağlayamaması halinde, uygunluk sağlamayan ülkede diploma denkliği tanınmak suretiyle, müdahalenin uygunluğunun gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir. *Arpacı*, (Rıza), s. 7.

³⁵ *Belgesay*, Reşit, Mustafa, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1954, s.76.(Naklen; *Özgül*, s. 62.)

³⁶ *Zevkililer/Gökyayla*, s. 350;Yargıtay 13. HD. 05.04.1993 T, 131 E,2741 K. www.hukukturk.com . Fakat doktrinde, estetik ameliyata ilişkin sözleşmelerde de ortada bir eser olmadığı için, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağına yönelik fikri savunan yazarlar da vardır. *Ayan*, s. 56 (Naklen; *Özgül*, s. 64.) *Tandoğan* ise bu konuda şunları ifade etmiştir: Bir tedavide başarılı bir sonuca erişilmesi, niteliği gereği tartılamayan ve borç altına girenin gücünün dışında kalan etkenlere bağlı olduğundan, gerçekleştirileceğine yönelik önceki bir taahhüde elverişli değildir. Bu yüzden dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, vücudun sağlığa kavuşturulması ile ilgisi olmayan estetik ameliyatlara ilişkin sözleşmeler, eser sözleşmesi olarak kabul edilemez. Esasen sınırdaki estetik ameliyatta, cerrahi müdahalenin “yüksek kişisel karakteri” ve “tarafklar arasındaki belirgin güven ilişkisi” gereği vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır. *Tandoğan*, s. 21.

Yargıtay, estetik cerrahi operasyonlarında, operasyonu gerçekleştiren hekimin estetik görüntünün gerçekleştirileceği konusunda belirli bir güvenceyi verebileceğini kabul etmekte ve bu hususu: “bir diş doktorunun kanal tedavisi değil de takma diş yapması işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, BK m.355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan eser sözleşmesinin konusunu oluşturur. [...] Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan hekim, aynı zamanda izi tamamen yok etmeyi de eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır”³⁷ şeklinde ifade etmektedir.

Oysa düşüncemize göre, estetik amaçlı müdahaleler, bireyleri psikolojik açıdan iyileştirmeye yönelik olup³⁸, bu tür müdahalelerde insan vücuduna belli bir sınırın ötesinde bir ilişme söz konusudur. Ayrıca estetik müdahalelerin de ağır sonuçları olabilir. Bu çerçevede estetik cerrahın müdahaleye başlamadan önce hastanın, operasyonu gerçekleştirecek cerrahın çeşitli nitelikleri konusunda emin olamayacağı hallerin ihtimal dâhilinde olması düşünülmelidir. Bunun doğal sonucu olarak hastanın, hekimden vazgeçebilmesinin mümkün kılınması gerekli ve zorunludur. Bu da, sonuçları vahim ve riski yüksek estetik operasyonlara vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını gerekli kılar.

Alman hukukunda, bilimsel amaçlı denemelerin de, belli bir araştırma planına göre gerçekleştirildiği durumlarda, sonuç sorumluluğundan bahsedilebileceği belirtilmiştir³⁹. Bu görüşten anladığımız kadarıyla, hekimlerin insan vücudu üzerinde gerçekleştirileceği deneylerde, hasta ile hekim arasındaki ilişki eser sözleşmesi sayılacak ve tıpkı müteahhitlerin önceden hazırlanan plan çerçevesinde bina inşa etmeleri gibi, hekimlerin de önceden hazırlanan bir taslak çerçevesinde insan vücudu üzerinde müdahalelerde bulunabileceği kabul edilecektir. Fakat bu durumun, birey sağlığını olumsuz biçimde etkilemediği sürece kabulü mümkün gözükmemektedir. Çünkü insan vücudu, dokunulmazlığı olan ve kişilik hukuku bakımından korunan bir değer olup, bina inşası ile eş değer tutulmaması gerekir.

Görüşümüz, insan vücudu üzerinde gerçekleştirilecek ve özünde risk barındıran bilimsel amaçlı tıbbi müdahalelerde, hastayı, hekimini değiştirme hakkından mahrum bırakmamak; keza hekimin de hastadan vazgeçmesini mümkün kılmak gerektiği yönündedir. Bu nedenle bilimsel amaçlı denemelerde de azil ve istifanın her zaman mümkün olduğu vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.

III- Hekim ile Hasta İlişkisinin Sui Generis (Kendine Özgü) Bir Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi;

Hekim ile hastanın ilişkisi bazı durumlarda, kanunda öngörülen iş görme sözleşmelerinin (hizmet, eser, vekâlet) hepsinin birden özelliklerini barındıran kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilebilmektedir. Çünkü hekimin faaliyeti kural olarak, vekâlet

³⁷ Yargıtay 15. HD. 3.11.1999 T, 4007 E, 3868 K ve Yargıtay 13.HD. 5.4.1993 T, 131 E, 2741 K. (Kazancı).

³⁸ Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, “Bütün Yönleri ve Özellikleri ile Vekâlet İlişkileri” Lisansüstü Ders Notları, 2010 Güz Dönemi; Ayrıca bkz; “[...]burada kişinin ruh sağlığı için önem arz eden muamele söz konusudur” Arpacı, (Rıza), s. 8.

³⁹ Pramann, Oliver; Publikationsklauseln in Forschungsverträgen und Forschungs-protokollen klinischer Studien, Berlin, 2007, s.80 (Nakten; Özgül, s. 65).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilse de, bazen bir tıbbi faaliyetin, sonuç taahhüdü ile birlikte sunulması da mümkün olabilmektedir. Örneğin, diş hekimi hastayı tedavi borcu yanında protez yapmayı da üstlenmiş ise, bu durumda sözleşme, hem vekâlet sözleşmesi hem de eser sözleşmesinin özelliklerini taşımakta olduğundan hangisine üstünlük tanınacağı tartışılabilecektir⁴⁰.

Doktrinde bir görüşe göre⁴¹, diş hekiminin böyle bir durumda teknik bir imalatı bulunmasa da, hasta kendisine başvurduğunda öncelikle dişleri iyileştirmeye yönelik bir çalışma yapması söz konusudur. Diş hekimi tarafından sağlık durumunun iyileştirilmesi için uygun olan bütün araç ve yolların kullanılması, yüklediği görevin kapsamında yer alıp, doğaldır. Bu nedenlerle, diş hekimi ile hasta arasında güven ilişkisi ön planda olduğu için vekâlet sözleşmesinin tüm unsurlarının bulunduğu bir ilişki söz konusudur.

Diğer bir görüş⁴² ise, bu gibi durumlarda mutlaka bir sözleşme seçimi yapmanın gerekli olmadığı ve diş hekimi ile hasta arasında karma bir sözleşmenin mevcut olabileceği yönünde olup, eser sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi kurallarının somut olaydaki uyumsuzluk konusuna göre aynı sözleşmede uygulanabileceğinden bahsetmiştir. Esasen bu konu BK m.386/II'de yer alan ifadenin yorumlanması ile ilgilidir. Anılan madde⁴³ şu şekildedir: "Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur".

Bu madde, iş görme alanındaki sözleşmelerde sınırlı sayı ilkesinin öngörülmesi ve kanunda belirlenen tiplere girmeyen fakat iş görmeyi konu edinen sözleşmelere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Bu yorumun doğal sonucu da, iş görme sözleşmelerinde kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme yapma imkânının olmamasıdır⁴⁴. Fakat bu yorum tarzı benimsenerek olursa, tedavi ve protez takımı borcunu yüklenen diş hekimi ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği ve ihtilafların buna göre çözümlenmesi, bazı temel kuralların zorlanma yoluyla yanlış uygulanması ya da kuralların istisnalara dönüşmesi sonucunu doğurur. Şöyle ki, bu sözleşmede hekimin protez takma borcu, tedaviye nazaran öncelikli görülüp, sözleşmenin, eser sözleşmesi sayılması halinde hekimin protez ile beraber yüklediği tedavi borcu da, tıpkı müteahhidin maddi bir eser meydana getirme borcu

⁴⁰ BGE 110 II 375 ve Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991 §23, II, s.214. (Naklen; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 388.)

⁴¹ **Şenocak**, s. 300; **Tandoğan**, s. 21 ve 41. **Aşçıoğlu**, sözleşmenin sona erdirilebilmesi noktası ile bağlantılı olmak üzere bu konuda "Dişini doldurtan kimse istediği vakit, dişçisini değiştirebilmeli, dişçinin o zamana kadar yaptığı masrafı, BK m.394 gereğince ödemeli ve ona ayrıca BK m.369 uyarınca tam tazminat vermelidir." şeklinde görüş bildirmiştir. **Aşçıoğlu**, s. 18.

⁴² **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 390.

⁴³ TBK m.502/II: "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır" şeklindedir.

⁴⁴ **Gautschi** tarafından savunulan fikir de budur. Bkz; **Aral**, s. 400. **Yavuz** ise, bu yorum tarzını da genişletmek suretiyle; "diğer sözleşmeler hakkındaki hükümlere tabi olmayan işlerde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gibi, diğer sözleşmeler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olan işler alanında da, ilgili sözleşmelerin kanunen düzenlenmeyen hususlarında vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması" sonucuna mevcut hükme kıyasen kolaylıkla ulaşıldığını ifade etmektedir. **Yavuz**, **Cevdet/Acar**, **Faruk/Özen**, **Burak**, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 8. Basım, İstanbul 2009, s. 609.

gibi değerlendirilir ve iş görmenin (tıbbi müdahalelerin) maddi sonuç doğurmasına -bu da eser sözleşmesindeki eserin teslimi borcu ile muayene ve ayıba ilişkin hükümlerin zorlanmasına-neden olur. Ayrıca riskleri her zaman bünyesinde barındıran ve sonuç taahhüt edilmeye elverişli olmayan bir tıbbi faaliyette, hekime bu sonuca ulaşamadığı zaman sorumluluk yüklemek de hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşır görünmemektedir. Aynı şekilde sözleşmeye, BK m.386/II gereği vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacak olursa, bu durumda hekim, vekâlet sözleşmesi ile (protez takımı şeklinde) sonuç meydana getirmeyi üstlenmiş olur.

Maddenin, iş görme alanındaki sözleşmeleri sınırlamaya yönelik emredici bir düzenleme getirmeyip sadece bir yorum kuralı olduğu ve bu alanda da sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde isimsiz sözleşmelerin söz konusu olabileceği; eğer bu isimsiz iş görme sözleşmelerinden doğan ihtilafların hangi sözleşme türüne ait kural ile çözüleceği tespit edilemiyorsa, vekâlete ilişkin kurallardan yararlanılacağı şeklinde⁴⁵ anlaşılması ise bu sorunları ortadan kaldırır⁴⁶. Görüşümüz, yukarıda örneği verilmiş olan durumda ve buna benzer durumlarda, vekâlet ile eser sözleşmelerinin belli niteliklerinin bir araya gelmesiyle oluşan iş görme sözleşmelerinin de kurulabilmesi ve her bir ihtilafın ait olduğu sözleşme tipine ait kurallara göre çözümlenmesi gerektiğinin kabul edilmesi yönündedir⁴⁷.

Doktrinde, hekim ile hasta ilişkisinin belli niteliklerinin sözleşmenin tam anlamıyla eser ya da hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini kesin olarak engellemesi nedeniyle, bu ilişkinin kendine özgü özellikleri olan ve Borçlar Kanunundaki sözleşme tiplerine girmeyen bir sözleşme olduğu da ileri sürülmektedir. Bu görüşün gerekçesi olarak da, “tedavi sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasına rağmen, hekimin borcu, hastanın borcunun aksine, malvarlığı ile ölçülememekte ve hekimin herhangi bir hatası sonucunda sözleşmenin karşı tarafı bu hatayı bazen hayatıyla olmak üzere can varlığıyla ödemekte” şeklinde ifade edilmektedir⁴⁸.

IV- İlişkinin Tüketici Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi;

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m3/h: “mal veya hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlem, tüketici işlemidir” şeklindedir. Bu kanuna göre hizmetin tanımı ise, bir ücret ya da menfaat karşılığında yapılan

⁴⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 352 ve 390; Başpınar, (Sorumluluk), s. 69; Aral, s. 399; Özgül, s. 71; Tandoğan, s. 22 ve 386.

⁴⁶ Doktrinde, bu durumda sui generis olarak kabul edilen bir sözleşmeye, vekâlet sözleşmesinden azil ve istifanın her zaman mümkün olduğunu düzenleyen hükmün uygulanması şeklinde doğacak sonucun ise uygun olmadığı ifade edilmiştir. Yavuz/Acar/Özen, s. 613; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 349 ve 353; Tandoğan, s. 384.

⁴⁷ Hatemi de bu noktada; “[...] terkip kuramı uygulanacağına göre, temel noktaların tümü değerlendirilerek tek bir sonuca gidilmeyecek, [...] temel noktaların hangisinde ihtilaf doğmuş ise güven kuramına göre tarafların o noktada nasıl bir düzenlemeye gittikleri araştırılacaktır” görüşündedir. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 413. Tandoğan ise bu hususta, “Kendine özgü sözleşmelere, gerekiyorsa, vekâletten başka tiplere ait ilkeleri kıyas yoluyla uygulamak, gerekiyorsa kendi yapılarıyla bağdaşan yeni kurallar koymak yerinde olur” demektedir. Tandoğan, s. 385.

⁴⁸ Oral, Tuğçe, “Hekimle Hasta Arasındaki Hukuki İlişki”, <http://www.turkhukuk sitesi.com>.

mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet şeklindedir⁴⁹. Doktrinde, hasta ve hekimin bir tüketici işleminin tarafını oluşturabileceği, yapılan tıbbi müdahalenin de hizmet tanımı içinde sayılabileceği ileri sürülmüştür⁵⁰. Bu görüşe göre, hasta ile hekim arasındaki tıbbi müdahaleden doğan uyumsuzluklar, Borçlar Kanunu hükümlerine göre değil, TKHK'ya göre çözümlenmelidir. Fakat bir işlemin tüketici işlemi olmasının, o işlemin tarafları arasında bir vekâlet sözleşmesi kurulmasına engel olduğu düşünülmemelidir. Zira vekâlet sözleşmesinin kanuni tanımında "hizmetin ifası" ibaresi mevcuttur. TKHK'daki hizmet tanımında, ücretin zorunlu unsur olarak sayılması ise ilişkinin mutlaka tüketici sözleşmesi veyahut hizmet sözleşmesi şeklinde anlaşılmasının gerekçesi olamaz.

Sonuç olarak, hasta ile teamül gereği ücrete hak kazanan hekim arasındaki ilişki, tüketici işlemi olarak değerlendirilmemelidir. Zira, eser sözleşmesinde müteahhit, hekim ile hasta ilişkisi bakımından vekalet sözleşmesinde ise hekim, alanında uzmandır. Oysa tüketici sözleşmesinde mal ya da hizmet sağlayan tarafların uzmanlığı söz konusu değildir.

C. HEKİM İLE HASTA İLİŞKİSİNİN VEKÂLET SÖZLEŞMESİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

BK m.386 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesi de, diğer iş görme sözleşmelerinden belli noktalarda kesin çizgilerle ayrılmakta olup, doktrinde çoğu yazar hekim ile hasta ilişkisini vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirmektedir⁵¹. Bu noktada hekim, işi özenle gören vekil; hasta ise müvekkil konumunda bulunacaktır. İstisnalar hariç tutulmak üzere, hekimin tıbbi faaliyetlerinde tıpkı bir vekil gibi hareket etmesi, tarafların hak ve yükümlülükleri ile bunlara aykırılık halinde oluşan sorumluluklarının da vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki hâkim görüşe⁵² katılmakta olduğumuz için bu çalışmada hekimin hak ve borçları ile sorumluluğu vekâlet sözleşmesi kapsamında - gerektiğinde diğer sözleşme tipleriyle kıyaslanarak - somut olaya göre haksız fiil ve vekâletsiz iş görme esaslarına da değinilerek açıklanmaya çalışılmıştır.

⁴⁹ Ayrıca TKHK m.3/e: "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi tüketicidir" şeklinde olup, TKHK m.3/g: "Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek ya da tüzel kişi ise sağlayıcıdır" şeklindedir.

⁵⁰ Özgül, s. 68-69. Bu konu ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz; Zevkililer/Gökyayla, s. 481. Karş; Gümüş, s. 42.

⁵¹ Esasen ifade edilmelidir ki, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda "hekimlik sözleşmesi" veya buna benzer bir başlık altında bu konuya ilişkin özel düzenlemeler getirilmesi ve uygulanacak hükümlerin de açık ve net olarak belirtilmesi ya da en azından kıyasen uygulanacak hükümlere yönelik bir düzenleme getirilmesi isabetli olurdu.

⁵² Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 395; Tandoğan, s. 360; Yavuz/Acar/Özen, s. 609; Aral, s. 395; Bilge, s. 247; İnal, s. 143; Özgül, s. 59; Şenocak, s. 301; Gümüş, s. 30; Özsunay/Elver, s. 89; Zevkililer/Gökyayla, s. 488; Reisoğlu, s. 12; Başpınar,(Özen), s. 193; Aşcıoğlu, s. 20; İpekyüz, s. 68; Başpınar, (Sorumluluk), s. 73. Ayrıca Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Bkz; "Tıbbi tedavinin yapıldığı özel hastane ile hasta arasındaki ilişki vekâlet ilişkisidir". Yargıtay 13. HD. 9.6.2006 T, 2006/6683 E, 9443 K. (Kazancı).

I- Genel Olarak Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesi, vekil ile müvekkilin (hekim ile hastanın) karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan rızai bir sözleşmedir. Fakat bazı hallerde vekilin irade beyanı olmaksızın da sözleşme akdedilmiş olabilir. BK m. 387 hükmü⁵³ bu istisnai durumlar arasında vekilin kendisine tevdi edilen işin icrasının mesleğinin icabı olduğu halleri de sayarak bu halde açık bir kabul aramamış ve derhal ret beyanı olmadığı sürece sözleşmenin kurulacağını düzenlemiştir. Bu noktada hekimin de teşhis, muayene ve tedavi süreci, mesleğinin icabı sayılacağından 387. madde kapsamında değerlendirilmesi ve bu vekâlet sözleşmesi için de zımnî kabulün geçerli sayılması mümkün olur⁵⁴.

Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hasta, tedaviyi gerçekleştirecek hekimi seçmekte serbest olduğu gibi, hekim de hastanın tedavisini üstlenip üstlenmemek konusunda serbesttir⁵⁵. Fakat Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.18’de yer alan düzenleme ile hekimin acil yardım, resmi görevin ifası ve insani görevin ifası hallerinde hastanın tedavisini üstlenme konusunda iradesinin önemli olmadığına ve hastaya bakma mecburiyeti oluştuğuna hükmedilmiştir⁵⁶.

Vekâlet sözleşmesinde BK m.386’da yer alan⁵⁷: “vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler” hükmü ile vekilin asli borcunun bir iş idaresi veya hizmet ifası olduğu belirtilmiştir⁵⁸.

Bu tanım çerçevesinde gereken ilk unsur;

1- Vekilin kendisine tahmil olunan işi görmesi olup, bu husus maddede “işin idaresi” ve “hizmetin ifası” şeklinde ifade edilmiştir.

⁵³ TBK m.503.

⁵⁴ Bilge, s. 252; Tandoğan, s. 387-389; Berki, s. 161; Zevkçiler/Gökyayla, s. 480; İpekyüz, s. 50; Akın-Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, (Vekâlet), s. 10. Doktrinde ifade edildiği üzere, BK m. 387:“İcabı dermeyer eden kimse gerek işin hususi mahiyetinden, gerek hal ve mevkiin icabından naşi sarih bir kabule intizar mecburiyetinde olmadığı takdirde, eğer icap münasip bir müddet içinde reddolunmamış ise, akde münakit olmuş nazariyle bakılır” diyen BK m.6’nın özel bir görünümüdür. Aral, s. 401; Başpınar, (Sorumluluk), s. 77.

⁵⁵ Nitelikim HHY m.8’de yer alan düzenlemeye göre, hastanın tabi olduğu mevzuata uygun olmak kaydıyla sağlık kuruluşunu seçme ve orada verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkı vardır. Hastanın sağlık kuruluşunu değiştirme hakkını kullanabilmesi için, hekimin bu değişikliğin hastanın hayati durumunu etkilemeyeceği düşüncesinde olması gerekir. Bu nedenle, tıbbi bir sakınca olup olmadığı konusunda, hastanın hekim tarafından aydınlatılması gerekmektedir. Yönetmeliğin 9. maddesinde ise, hizmeti verecek personeli seçme, tedavisi ile ilgilenen hekimi değiştirme haklarından bahsedilmiştir. Bkz; Eroğlu, s. 6.

⁵⁶ Aynı şekilde 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 32. Maddesinde: “özel hastanelere ani bir arıza veya kaza sonucunda acil tedavi gerektiren şahısları kabul ve tedavi etme zorunluluğu” yüklenmiştir.

⁵⁷ TBK m.502/I: “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir” şeklindedir. Mevcut düzenlemedeki hizmet ifası yerine, yeni düzenlemede işlem yapmak ifadesi kullanılmıştır.

⁵⁸ Vekâlet sözleşmesi de tüm sözleşmeler için öngörülen geçerlilik şartlarını taşımalı, konusu emredici hukuk kurallarına, ahlaka aykırı olmamalı ve konusu mümkün olmalıdır.

Vekâlet sözleşmesinin tanımında yer alan iş görmenin, mutlaka hukuki işlem yapılması şeklinde gerçekleşmesi gerekmediğinden⁵⁹ maddi fiillere ilişkin iş görme de bu çerçevede değerlendirilecektir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide teşhis, muayene ya da ameliyata yönelik işlemler de maddi fiillere yönelik vekâletin en güzel örneğini oluşturmakta olup⁶⁰, esasen bu tür vekâlette vekilin borcu, bir yapma borcudur⁶¹.

2- Vekilin, başkasına ait olan bir işi yüklenmesi, vekilin kendisine tahmil olunan işi görmesi ifadesinden kendiliğinden çıkan bir sonuçtur. Bir kimsenin kendisi için iş yapıp yapmama şeklinde bir başkasına borçlanması ise düşünülemez⁶².

3- Vekil, müvekkile nisbi olarak bağımlıdır. Kanundan başkasına ait bir işin görüleceği anlaşılacakla beraber, vekilin müvekkile, işinin işverene bağlılığı derecesinde bağlı olup olmayacağı anlaşılmamaktadır. Özellikle mesleki uzmanlık gerektiren hekimlik gibi alanlarda, vekil karar verme gücünü kendisinde tuttuğu içindir ki, bu bağıllık daha az olacak ve vekil kendi işlerinde bağımsız olacaktır. Bu nisbi bağımsızlığın sınırı ise özen ve sadakat yükümlülükleridir⁶³.

4- Vekilin kendisine yüklenen işi görmesi, zamanın geçmesiyle sınırlanmamıştır. Yani vekil, belli bir zaman kaydına bağlı olmadan iş görür⁶⁴. Bu edim, belirli olmayan zaman diliminde devam edecek şekilde (sürekli bir tarzda) ifa edilebileceği gibi, tek bir seferde (ani edimli ifa şeklinde) de ifa edilebilir⁶⁵. Zira tıbbi müdahalelerin de ne kadar zaman süreceği hastanın ve hastalığın durumuna göre değişiklik gösterebileceğinden, hiçbir zaman kesin bir süre belirlenemez. Hekim, acil gelen bir hasta-ya anında müdahale ederek hayatını kurtarabileceği gibi, uzun süren bir tedavi süreci içinde sürekli hastayı gözlem altında tutarak, hastaya ilaç vererek onun iyileşme sürecini takip edebilir.

5- Vekil, Sonuçtan Değil, Fiilden Sorumlu Olmaktadır. Vekil, kendisine bırakılan bir işi ya da hizmeti sözleşme çerçevesinde ifa ile yükümlü olup, eser sözleşmesinden farklı olarak bir sonuç meydana getirme borcunu değil, o sonuca ulaşmak için faaliyette bulunmayı üstlenmektedir⁶⁶. Bu sebeple, özellikle hekim ile hasta ilişki-

⁵⁹ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 407; Yavuz/Acar/Özen, s. 609; Tandoğan, s. 356; Bilge, s. 247; Gümüş, s. 29; Aşçıoğlu, s. 15.

⁶⁰ Aşçıoğlu, s. 15. Hekim ile hasta ilişkisinin maddi fiillere yönelik vekâlet olmasının doğal sonucu olarak, hukuki fiillere yönelik vekâlete ilişkin bazı özellikler, bu ilişkinin bünyesine uymadığından uygulama alanı bulmamaktadır. *Başpınar*, bu durumlara örnek olarak; vekilin, müvekkil adına aldığı şeyleri devir yükümlülüğü, vekâletteki kanuni halefiyet hali ve müvekkilin vekili borçtan kurtarma yükümlülüğünü vermektedir. *Başpınar*, (Sorumluluk), s. 74.

⁶¹ *Başpınar*, (Sorumluluk), s. 258.

⁶² Tandoğan, s. 361; İnal, s. 329; Yavuz/Acar/Özen, s. 614; Gümüş, s. 33; Özkaya, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 20.

⁶³ Yavuz/Acar/Özen, s. 619; Tandoğan, s. 375; Şenocak, s. 303.

⁶⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 615; Özkaya, s. 22; Tandoğan, s. 363; Aşçıoğlu, s. 16; İnal, s. 329; Akıncı, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Konya 2004, s. 299. Yargıtay'da bir kararında, bu hususu; "Vekillik sözleşmesinde, vekilin yüklendiği borcun yerine getirilmesi söz konusu olup, zamanın geçmesiyle sınırlı değildir" şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay 4. HD. 30.3.1971 T, 3817 E, 2991 K. Karahasan, s.755.

⁶⁵ Akıncı, s. 299.

⁶⁶ Aral, s. 317; Tandoğan, s. 39 ve 363; Şenocak, s. 302; Gümüş, s.147; Akıncı, s. 299; İnal, s.143.

Yargıtay da şu hususu ifade etmiştir: "...iş sadakat ve özenle görülmüşse yönelinen sonuca erişilmemiş

sinde, hekimin iyileşmeyle sonuçlanmayan fakat özenle gerçekleştirilen tedavide kusuru yok ise, sorumluluğu da oluşmaz; borç gereği gibi ifa edilmişse, ancak kusur halinde sorumluluk gündeme gelir⁶⁷.

Fakat doktrinde ve Yargıtay kararlarında vekilin, vekâlet sözleşmesi kapsamında sonuç da taahhüt edebileceği ve sonucun gerçekleşmemesi durumunda sorumluluğunun ağırlaşaacağı düşüncesiyle bu riski en aza indirmek için, ifayı daha fazla özenle gerçekleştireceği de ifade edilmektedir⁶⁸.

Sonuçta, vekâlet sözleşmesinde, vekilin iş görmeden başarılı bir sonuç elde edilememesi riskini taşımaması unsuru, kanundaki tanımında yer almamasına rağmen, BK m.386/II hükmünün zıt anlamından, bu hususun bir unsur olarak değerlendirilmesi gerekliliği⁶⁹ çerçevesinde, vekilin sonuç taahhüt edemeyeceği düşüncesine katılmayız⁷⁰.

6-Vekâlet sözleşmesini tek taraflı sona erdirme imkânı vardır. Vekâlet sözleşmesinin en önemli unsuru “güven” olup, tarafların birbirlerine olan güvenlerinin ortadan kalktığı hallerde, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilme imkânlarının bulunması, vekâlet sözleşmesini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli ölçüttür⁷¹. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin yüksek derecede kişisel karakteri ve güvene dayalı⁷² olması, taraflara sözleşmeyi diledikleri gibi sona erdirebilme imkânı vermesine rağmen⁷³, bu imkân da sınırsız değildir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 19’da yer alan: “(I) Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. (II) Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez” hükmü gereğince hekimin tek taraflı sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı, ancak belli yükümlerin yerine getirilmesi halinde mümkün kılınmıştır.

olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilmemesinin rizikosu vekile yüklenemez.” Yargıtay 13. HD. 5.2.1991 T, 1990/7902 E, 1991/1070 K. (*Kazanıcı*).

⁶⁷ Aşçıoğlu, s.16; Özsunay/Elver, s. 90; Şenocak, s. 303.

⁶⁸ Doktrinde özellikle hekimlik sözleşmesi için bu husus kabul edilmiştir. Akıncı, (Vekâlet), s. 9; Gümüş, s. 153.

⁶⁹ Tandoğan, s.363, 364; Yavuz/Acar/Özen, s. 615. Örneğin, eser sözleşmesinde müteahhit, bir sonuç meydana getirmeyi borçlanmaktadır. Bu unsur ile vekâlet ile eser sözleşmelerini ayırmak mümkün olur.

⁷⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 615. Doktrinde de bu husus, “Vekil, belirli bir sonuç meydana getirmeyi taahhüt ve tekeffül etmez. Vekil, vekâleti kabul etmekle, kendisine bırakılan iş ve hizmetlerle sözleşme gereğince uğraşmayı yüklenmiş olur” şeklinde ifade edilmiştir. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 349.

⁷¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 665; Tandoğan, s. 619; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 431, 433; Gümüş, s. 35, 36; Aral, s. 420; Berki, s. 167; Bilge, s. 261; Başpınar, (Sorumluluk), s. 258; Akıncı, s. 301; Özkaya, s. 24-591. Doktrinde isabetle belirtildiği üzere, vekâlet sözleşmesi, hizmetle ilgili diğer sözleşmelere oranla daha sıkı bir karşılıklı güven ilişkisine dayanmakta olup, bu ilişki, sözleşmenin önemli bir özelliğini teşkil etmektedir. Bilge, s. 247; Tandoğan, s. 40.

⁷² Şenocak, s. 303.

⁷³ Aşçıoğlu, s. 17; Tandoğan, s. 619; Aral, s. 420; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 431; Zevkiler/Gökyayla, s. 503; Yavuz/Acar/Özen, s. 663.

7- Vekil, işi ücretsiz görür. Vekâlet sözleşmesinde, eser ve hizmet sözleşmelerinden farklı olarak ücret, sözleşmenin asli unsuru değildir⁷⁴. Bu bakımdan vekâlet sözleşmesi, kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁷⁵. BK m. 386/son'da yer alan düzenleme: "Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur" şeklindedir⁷⁶. Bu durumda, vekâlet sözleşmesinin tarafları, aksine bir kararlaştırma yapmadıkları sürece ya da o konuda ücretin ödenmesi gerektiği yönünde bir teamül bulunmadığı sürece, müvekkilin ücret ödeme borcu doğmaz.

Hekimin teşhis ve tedavi borcunu yerine getirmesi ise, genelde bir ücret karşılığında olmaktadır. Bu nedenle, profesyonelce icra edilmesi gereken bir meslek mensubu olan hekimlerin teamül gereği⁷⁷ ücrete hak kazandığı söylenebilir ki, bu durumda hasta bu konuda ayrıca sözleşme yapmaya gerek olmaksızın ücret ödemek zorundadır. Böyle durumlarda sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme haline gelir. Ücret, genelde para olarak kararlaştırılırsa da, hekim, hastasından para yerine geçmek üzere başka şeyler de talep edebilir. Örneğin tedavi ettiği hastanın kendisine tarlasından sebze meyve getirmesini veya kendi ürettiği süt ürünlerinden getirmesini isterse, sözleşme iki tarafa borç yükleyen isimsiz bir sözleşme haline gelir⁷⁸.

Doktrinde; hekimlerle muayene ve tedaviden önce, ücret miktarı hususu müzakere edilmemişse, hekimlerce yollanan faturaların, ödenecek ücretin miktarı hakkında icap anlamını taşıyacağı, hastanın da itiraz etmeksizin faturadaki miktarı ödemesinin icabı zımnen kabul anlamına geleceği; hastanın itiraz etmesi halinde ise, ücret miktarının hâkim tarafından teamül ve özellikle asgari ücret tarifesi esas alınarak tespit edileceği belirtilmiştir⁷⁹.

Hekimler için de ücretin teamülden olduğunun göstergesi, ilgili meslek birimleri tarafından çıkarılan tarifelerdir⁸⁰. Örneğin, 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununda İdare Heyetinin Görevlerini düzenleyen m.28/II'de yer alan düzenleme: (*Değişik paragraf: 5477 sayılı Kanun m.4 Resmî Gazete:30.03.200, 26124*) "Tabip odalarının veya birlik teşekküllerinden herhangi birisinin göstereceği lüzum üzerine, muayene, ameliyat ve girişimsel işlem ücretlerinin miktarlarını gösteren rehber tarifeler düzenlemek. Bu tarifeler Merkez Konseyince tasdik edildikten sonra Sağlık Bakanlığına bildirilir" şeklindedir⁸¹. Aynı şekilde 3224 Sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu m. 40/I'de yer alan düzenleme: "Oda Yönetim Kurulları her yıl aralık ayı içinde, diş hekimlerinin uygulayacakları muayene ve tedavi ücretlerinin asgari haddini gösteren birer tarife hazırlayarak Birlik Merkez Yönetim Kurulu'na gönderirler⁸²" şeklindedir.

⁷⁴ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 391; Akıncı, s. 300; Özkaya, s. 22; Bilge, s. 250; Gümüş, s. 39; Tandoğan, s. 364; Şenocak, s. 303; Zevkliler/Gökyayla, s. 478; Aşçıoğlu, s. 16.

⁷⁵ Roma hukukunda formula usulünde vekâlet sözleşmesi rızai ve ücretsiz olup, nizam harici usulde şeref ücreti talep edilebilirdi. Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2011, s. 242.

⁷⁶ TBK m.502/son.

⁷⁷ Başpınar, (Sorumluluk), s. 83-85; Zevkliler/Gökyayla, s. 479; Özkaya, s. 23; Şenocak, s. 303; Tandoğan, s. 366; Yavuz/Acar/Özen, s. 619.

⁷⁸ Başpınar, (Sorumluluk), s. 82.

⁷⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 618; Von Büren, II, s. 136. (Naklen; Tandoğan, s. 368.); Aşçıoğlu, s. 16.

⁸⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 618; Başpınar, (Sorumluluk), s. 87-90.

⁸¹ www.ttb.org.tr/mevzuat.

⁸² www.ttb.org.tr/mevzuat.

Ücretin teamülden olduğu ve edimlerin birbirinin karşılığını oluşturduğu hekimlik sözleşmesinde, hekimin ücrete hak kazanabilmesi için borcunu gereği gibi ifa etmiş olması şarttır. Özensiz davrandığı için yanlış tedavi ettiği hastasının ölmesine ya da sakat kalmasına neden olan hekimin, ücrete hak kazanması mümkün değildir⁸³.

Alman Medeni Kanununda, vekâlet sözleşmesinin ücretsiz bir sözleşme olarak düzenlenmiş olması, hekimin ise faaliyetlerini bir bedel karşılığında yapması nedeniyle, hekim ile hasta arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesi olarak değil, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁸⁴.

8-Vekâlet sözleşmesi için Kanun, özel bir şekil şartı öngörmemiştir⁸⁵. Bu durumda BK m.11’de yer alan şekil serbestisi kuralı gereğince hekim ile hasta arası sözleşme de, herhangi bir sıhhat şartına tabi olmaz. Çoğunlukla vekâlet sözleşmesinin kurulması; hastanın hekime başvurarak şikâyetlerinden bahsetmesi ve hekimin de hastalığı teşhis ederek hastayı muayene etmesi veya tedavide izleyeceği yol hakkında hastaya fikir vermesi ile sözlü akit tarzında gerçekleşmektedir⁸⁶.

Cerrahi müdahalelerden önce, tedavinin içeriği, yan etkileri, oluşabilecek riskleri konusunda, hekim, hastaya aydınlatmada bulunmalıdır. Aydınlatma da, kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir⁸⁷. Yapılacak olan bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sayılmasının en önemli şartı olan “hastanın rızası”nın geçerlilik ölçütü olan aydınlatmanın, üzerinde pek çok tıbbi kelimenin yer aldığı uzun yazılı formların hastaya imzalatılmak suretiyle gerçekleştirildiği hallerde, hastanın tam anlamıyla aydınlatıldığından bahsedilmesi mümkün değildir. Bu durum, genel işlem şartlarının yürürlük denetimi açısından değerlendirildiğinde ise, hastanın okumadan ya da okuyup anlamadan imzaladığı kâğıdın (neye yönelik rıza verdiğini bilmemesinden ötürü) kendisi açısından hiçbir bağlayıcılığı olmaz. Bu durumda hekimin müdahalesi de vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde değerlendirilir.

⁸³ Şenocak, s. 303; Tandoğan, s. 575.

⁸⁴ Özgül, s. 61; Başpınar, (Sorumluluk), s. 107-108; İpekyüz, s. 58.

⁸⁵ Aral, s. 402; Özkaya, s. 23; Alıncı, s. 302; Bilge, s. 252; Tandoğan, s. 364,390; Berki, s. 160; Zevkililer/Gökayla, s. 482; Yargıtay 2. HD.13.10.1972 T, 5981 E, 5777 K. Karahasan, s. 754.

⁸⁶ Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanmasında yapılacak sözleşmenin ise yazılı olması aranmıştır. Helsinki Bildirgesi m.14 ve 23.12.2008 tarihli, 27089 Sayılı Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.4/c, protokol ve araştırma protokolü olarak bahsetmiş ve protokolün yazılı olarak yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Özgül, s.71.

⁸⁷ Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 104; Aşçıoğlu, s. 27; Özsunay, güven ilişkisi gereği sözlü aydınlatmanın mümkün olabildiğini fakat uygulamada genellikle yazılı biçimin tercih edildiğini, yabancı hukuklarda formuler yöntemi, kademeli aydınlatma, ses kayıt cihazı kullanımı, imzalı kısa bir yazı alınması, broşür yoluyla aydınlatma gibi metotlar önerildiğini ifade etmiştir. Özsunay, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 54. Alman hukukunda da, aydınlatma için genel bir şekil şartı mevcut olmamakla beraber, somut olaya göre, konuşma, hastaya soru sorma imkânı verilmesi, broşür verilmesi yeterli görülebilmektedir. Bkz; Fischer, Gerfried, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, YÜHFD, Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, III/2, 2006, Çeviri: Efe Direnisa, s. 10.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

II-Vekilin Borçları

1.Sözleşmeye Uygun Olarak İş Görme Ediminin İfası

Vekâlet sözleşmesinde vekilin iş görme borcunun neye yönelik olduğu tespit edilmiş olabilir. Genellikle maddi fiillere ilişkin vekâlette bu belirleme daha detaylıdır. Eğer bir belirleme yapılmamışsa da, vekâletin kapsamı işin mahiyetine göre (BK m.388)⁸⁸ belirlenir. Sözleşmede vekâletin kapsamı belirlenmişse, vekil bu kapsamın dışına çıkmaz ve bu kapsamı aşan işleri yapamaz. Kapsamın aşılması durumunda, vekâletsiz iş görme hükümleri devreye girer ve vekil, ücret ve masrafları bu hükümlere göre talep edip, BK m. 411 hükmü⁸⁹ gereğince ortaya çıkan zarardan da sorumlu tutulur.

Kendisine başvuru vekil, uzman bir kişi ise, vekâletin kapsamı onun özen ve sadakat yükümleri çerçevesinde belirlenir. Örneğin, hekim ile hasta arası ilişkide; hastanın hekime başvurması üzerine hekim, hastalığa teşhis koyar ve koyduğu teşhise yönelik muayene, tedavi, ilaç verme ve yapılması ya da yapılmaması lazım gelen diğer tıbbi faaliyetleri, vekâlet sözleşmesi kapsamı çerçevesinde gerçekleştirir⁹⁰. Örneğin, “hekimin yanlış iğne yapması” ya da “bir cerrahın yanlış organı ameliyat etmesi” gibi hallerde, sözleşmeye aykırı davranılmış olup⁹¹ gerçekleştirilen borç ifasının da, gereği gibi yerine getirilmediği ifade edilebilir.

Hekim, hastalığa teşhis koymadan önce hastanın tıbbi geçmişini, hastanın öyküsünü bizzat dinlemeli⁹², hasta da bu konuda hekime doğru bilgi vermelidir. Hekimin koyduğu teşhis hatalı olursa, yanlış teşhise uygun bir tedavi süreci başlar ve hatalı ilaç kullanımı söz konusu olur. Fakat sadece teşhisin hatalı olması, teşhisten önce mesleğinin gerektirdiği incelemeleri yapan, özen borcuna aykırı davranmayan hekimin sorumluluğunu doğurmaz⁹³. Fakat gerekli araştırma yapılmadan, hatalı teşhis konulmuşsa, hekim bundan sorumlu tutulması doğaldır. Ayrıca hekimin yanlış teşhisi sonradan fark edip, düzelttiği zaman hastayı bundan haberdar etmesi de sadakat borcunun bir gereğidir. Teşhis aşamasından sonra hastalığın tedavisi için hekimin, mesleği gereği hastalığın seyrine, hastanın yaşına, cinsiyetine, boyuna, kilosuna ve psikolojik durumuna göre hastaya en uygun tedavi yöntemini seçmesi gerekir. Hekim, tedavi için en az riskli ve en fazla başarı ihtimali olan yöntemleri tercih etmeli, hasta üzerinde hiç

⁸⁸ TBK m. 504.

⁸⁹ TBK m. 527.

⁹⁰ Tandoğan, s. 393,415 ve dvm; Yavuz/Acar/Özen, s. 628. Bkz; HHY m.11: “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.”şeklindedir.

⁹¹ İlk örnek için bkz; BGE 62 II 274-276, ikinci örnek için bkz; BGE 70 II 210-211, Tandoğan, s. 393, dn.156-157; Yavuz/Acar/Özen, s. 631.

⁹² İnal bu hususta şunu ifade etmektedir: “Teşhisin doğru şekilde konulması, uygulanacak tedavi yöntemi belirleyeceğinden, tedavinin başarısını da etkileyecektir [...] Bu nedenle hekim, kendisinden önce teşhis koymuş olan veya hastaya müdahale etmiş olan hekimlerin bulguları ile yetinmemelidir.” O halde, çeşitli sebeplerle müdahaleyi gerçekleştirilemeyen bir başka hekimle telefon konuşmalarından veya hasta hakkında yazdıklarından etkilenmemeli, kendisi hastayı dinleyerek teşhisi yapmalıdır. İnal, s. 165.

⁹³ Şenocak, s. 304; Tandoğan bu konuda; “Bir cerrahın, belki de müdahale kaçınılmaz olmadığı halde ameliyata karar verdiği yahut ameliyat tekniğinde bir yanlışlık yaptığı gerekçesiyle mahkûm edilmesi, cerrahların şüpheli hallerde başka türlü hastanın hayatı kurtarılamayacak olsa bile müdahaleden kaçınmaları sonucunu doğururdu.” demektedir. Tandoğan, s. 419.

denenmemiş yöntemlerin uygulanmasından kaçınılmalıdır⁹⁴. Tedavinin ise tıp biliminin kurallarına uygun olarak ve Kanunun ifadesiyle *iyi bir surette* gerçekleştirilmesi gereklidir. Zira BK m. 390/II'de yer alan düzenleme: "Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir" şeklinde olup, vekilin borcunun, kendisine tevdi edilen işleri "iyi bir şekilde" yapmak olduğu ifade edilmiştir. Mehoz metinde ise bu durum: "Vekil, müvekkile karşı kendisine verilen işi dürüst ve özenle yapmaktan (vekâletin iyi ve sadık ifasından⁹⁵) sorumludur" şeklinde düzenlenmiş olup, vekilin sadakat ve özen borçlarının da yasal dayanağını oluşturmaktadır⁹⁶.

a-Sadakatle İfa

Sadakat yükümlülüğü, vekilin başkasına ait bir işi, başkasının iradesine göre görmesinin bir sonucu olup; vekilin müvekkilin yararına olacak işleri yapması, zararına olacak işlerden kaçınması, bu işleri yapmaması anlamına gelir⁹⁷.

Vekilin, vekâlet sözleşmesinden doğan borcunu sadakatle ifa etmesi gerekmekte olup, bir görüşe göre; sadakat teknik anlamda bir borç olmayıp, yükümlülüktür. Bu nedenle ayrı bir ifa davasının konusu olmayacaktır⁹⁸.

Başka bir görüş⁹⁹ ise, sadakat borcunun, vekilin, hizmetin ifası ya da işin idaresi borcunun yanında yan bir borç olduğu yönündedir. Bir yan borç olarak sadakat yükümlünün ihlali halinde, tazminat yaptırımı ile uğranılan zararların tazmini de mümkün olur. Esasen, yükümlülük olarak düşünüldüğü takdirde, müvekkilin uğranılan zararları tazmin ettirme hakkı yine mevcuttur.

Görüşümüz, vekilin bu sözleşmeden doğan borcunun, (işin salt görülmesi olmayıp) sır saklama ve aydınlatma borçlarını da içine alan sadakat borcu ile işin görülmesi olarak anlaşılması gerektiği yönündedir. Bu noktada sadakatle ifa borcu çerçevesinde değerlendirilmesi gereken ve hekim ile hasta arasındaki vekâlet sözleşmesinden doğan bir borç da müvekkilin sırlarını saklamaktır¹⁰⁰.

⁹⁴ Şenocak, s. 305. Bkz. HHY m.12'de bu husus: "Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez" şeklinde ifadesini bulmuştur.

⁹⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nda m.398/II: "*getreue und sorgfältige Ausführung, bone et fidèle execution*" şeklindedir. TBK m. 506/II ise, "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterik, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür." şeklindedir.

⁹⁶ Bilge, s. 253; Tandoğan, s. 407. Yargıtay'da bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir: "İşin görülmesinde özen göstermeyen vekil Borçlar Kanunu madde 394/I'deki deyimle vekâleti usulü dairesinde ifa etmemiş sayılır. Yine anılan yasanın 390/II. maddesi de sadakat ve özenle ifayı kapsar[...]" Yargıtay 13.HD.17.4.1986 T,1770 E, 2340 K. Karahasan, s. 872.

⁹⁷ Akıncı, s. 304; Yavuz/Acar/Özen, s. 651; Tandoğan, s. 407; Zevkiler/Gökyayla, s. 489; Akıncı, (Vekâlet), s.16. Aynı husus Yargıtay kararlarında da tekrar edilmiştir. Bkz; Yargıtay,13.HD.17.4.1986 T,1770 E, 2340 K, Karahasan, s. 872. Yargıtay,13.HD. 2.10.1995 T, 11443 E, 12592 K. Yargıtay, HGK, 5.5.1993 T, 993/1-79 E,196 K, Karahasan, s. 896-898.

⁹⁸ Akıncı, s. 304.

⁹⁹ Başpınar, (Sorumluluk),s. 75. Gümüş, vekilin sadakat yükümlünü, doktrindeki hâkim görüş çerçevesinde vekâlet sözleşmesine özgü güven ilişkisi bağlamında TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralının özel yoğunluktaki bir şekliinden ibaret olduğunu belirtmiştir. Gümüş, s. 154.

¹⁰⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 417. Ayrıca bkz; Özsunay/Elver, s. 92,93; Özkaya, s. 362; Budak,Cem, Ali, "İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı", Sağlık Açısından Etik ve Hukuk Uluslar arası YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Keza HHY, “Hasta Haklarının Korunması” başlığı altında düzenlemiş ve m. 21’de: “Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta, mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir¹⁰¹. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir” şeklinde ifade edildikten sonra mahremiyetin korunması hakkının tıbbi değerlendirmelerin, teşhisin, tedavinin, sağlık harcamalarının kaynağının gizliliğini isteme hakkı yanında, tedavi ile ilgisi olmayan kimselerin orada bulunmamasını ve sağlık açısından sorun yaratmamak şartıyla yakınlarının yanında bulunabilmesinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu anlamda vekâlet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasındaki borç ilişkisi sona ermesine rağmen, tarafların birbirine olan sadakat borcu gibi bazı borçlarının devam etmesi¹⁰² mümkündür. Örneğin, bir hekim, saklanması gereken bir hastalığı iyileştirmişse, bunu başkalarına açıklamama yükümlülüğü devam ettiğinden, açıklaması halinde oluşacak maddi ve manevi zararı tazmin etmek zorundadır¹⁰³. Hekim ile hasta ilişkisi bakımından sadakat ve özellikle sır saklama yükümlülüğünün, tedaviden sonra da devam edeceği ve ilişkinin niteliği gereği daha fazla önem arz ettiği kuşkusuzdur¹⁰⁴. Çünkü güven ilişkisinin en yoğun yaşandığı hekim ile hasta ilişkilerinde, hastalarının sırlarını saklayacağı hususunda güven oluşturmeyen hekimlere, hastaların çok hayati durumlarda bile başvurmadan kaçınması ihtimalinin gerçekleşmesi durumunda, toplum sağlığı bundan büyük ölçüde etkilenir. Bu nedenle, hekimlerin hastalarına sırlarını saklayacağı hususunda güven yaratmalarında kamu yararı düşüncesi ön plandadır¹⁰⁵.

O halde, hekimin mesleğinin icrası sırasında öğrendiği¹⁰⁶, hasta ve hastalık ile ilgili olarak mesleği icabı (geniş anlamda sözleşme gereği) gizli kalmasında hem hastanın haklı bir menfaati olan, hem de açıklanmasıyla kamu düzenini sarsacağı kabul edilen olayları, sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirebiliriz.

Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 545. *İnal*’da sözleşme sonrası koruma borcu olarak nitelendirdiği sır saklama borcunu, “sadakat borcunun bir devamı olmakla, işçiye işinden ayrıldıktan sonra bile işverene ve işletmeye ait bilgilerin açığa vurulmasından dolayı meydana gelebilecek muhtemel zararlara sebep olmayı bir borç olarak yükleyen bir sorumluluktur” şeklinde ifade etmiştir. *İnal*, s. 335.

¹⁰¹ Söz konusu düzenlemede, yapılan müdahalelerin hastanın mahremiyetine saygı çerçevesinde gerçekleştirileceği hüküm altına alınmış olup, ayrıca, hastanın bu konuya ilişkin açıkça bir talepte bulunabileceği ifadesinin gerekli olmadığı da ileri sürülmektedir. *Eroğlu*, s. 16.

¹⁰² Özen borcu ise sadece vekâlet sözleşmesi devam ettiği süre boyunca mevcuttur.

¹⁰³ *Tandoğan*, s. 409. Nitekim HHY m.23’de bu durum: “Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁰⁴ *İnal*, s. 334. Nitekim bu husus Hipokrat yemininde de “[...]ve bilgilerimi insanlık aleyhine kullanmayacağıma, mesleğim dolayısıyla öğrendiğim sırları saklayacağıma[...].” şeklinde ifadesini bulmuştur. <http://www.hekimce.com/>.

¹⁰⁵ Ayrıca bkz; TCK m. 258’de “meslek sırrını ifşa” suçu düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ *Doktrinde*, sır sayılan bilgilerin yalnız mesleğin yerine getirilmesi nedeniyle elde edilen bilgilerle sınırlı olmayıp, tıbbi yardım dolayısıyla öğrenilen bilgilerin de bu çerçevede değerlendirilebileceği, örneğin tedavi için gittiği evde hekimin, hastanın metres hayatı yaşamasına tanık olması ve bunu açıklaması borca aykırı sayılmaktadır. *Aşçıoğlu*, s. 47; *Budak*, s. 547. Bu gerekçeyle, her durumda, somut olayın özelliklerine, ihlal edilen ve korunan değerler arasındaki dengeye bakılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Müvekkil tarafından başkalarına açıklanılması istenilmeyen hususlar, hastalığın varlığı, seyri, tedavi süreci, kullanılan ilaçlar gibi haller olabilmekle beraber, hasta bazı durumlarda hekime başvurduğunun bilinmesini dahi istemeyebilir. O halde hekim, hastanın, fiziki ve psikolojik durumuna, hastanın isteklerine ve somut olayın özelliklerine göre hangi sırrın açıklanıp hangi sırrın açıklanmaması gerektiğine, mesleki vicdani kanaatlerine göre ve kamu yararı kriterini de göz ardı etmeden karar vermelidir. Sır saklama yükümlülüğünün amacı, hastaya ait bilgilerin üçüncü kişilerce bilinemez kılınması olduğundan, aktif davranışlarla sırrı açıklamak şeklinde ihlal gerçekleştirilebileceği gibi, üçüncü kişilerin sırrı öğrenebilmelerinin pasif davranışlarla mümkün kılınması halinde de sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olur¹⁰⁷.

Fakat müvekkilin, sırrın açıklanması hususunda açıkça rıza göstermesi ya da müvekkilin menfaatinin bunu gerektirdiği hallerde zımni rıza olgusundan yararlanılarak sırların açıklandığı durumlarda, sorumluluk oluşmayacağı kabul edilmelidir. Örneğin tıbbi gerekçelerle ya da ihtiyaç nedeniyle hastasını başka bir hastaneye veya hekime göndermek durumunda kalan hekimin, teşhis ve tedavi için gereken bilgileri paylaşması durumunda ya da tedaviye katılan diğer sağlık personeline bu konuda bilgi vermesi durumunda, sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiğinden bahsedilemez¹⁰⁸. Bir diğer istisna ise, kamusal menfaatler olup, toplum sağlığının korunması gereken hallerde, hekimin, hastanın kendisine başvurduğunu ve hastalığa yönelik sırlarını açıklaması mümkündür¹⁰⁹. Örneğin, bulaşıcı hastalığı olmasına rağmen bir ilköğretim okulunun kantininde çalışan birini, hekimin okul idaresine bildirmesi ya da gözleri çok bozuk olmasına rağmen, şehirlerarası otobüs şoförü olarak çalışmaya başlayan hastayı, hekimin ihbar etmesi durumunda sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiğini söyleyemeyiz¹¹⁰.

Sır, kişisel değerlerden biri olduğundan, hekimin sır saklama yükümlülüğünün, kişilik haklarıyla da yakından ilgili olduğunu ifade etmeliyiz. Kişinin gizlilik alanı içinde kalan sırlarına, “başkasının müdahalesi, şeref ve haysiyetin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın kişilik hakkına saldırı sayılır”. Bu gerekçeyle “gizlilik alanı için-

¹⁰⁷ Şenocak, s. 324. Bu duruma örnek olarak; hekimin, bilgisayarına kaydettiği verilerin üçüncü kişiler tarafından okunmasını önleyici tedbirler almaması (şifreleme yapmaması gibi) gösterilebilir. Bkz; Laufs, A, Arzt und Recht-Fortschritte und Aufgaben, NJW 1998, s. 1758.(Naklen; Şenocak, s. 324, dn.180.). Hekimin, hastasının tahlil raporlarını, filmlerini ve diğer belgelerinin yer aldığı dosyasını, herkesin görebileceği bir yere bırakması da pasif davranışlar ile sır saklama yükümlülüğünün ihlalini oluşturur.

¹⁰⁸ Tandoğan, s. 454; İnal, s. 162; Aşçıoğlu, s. 47.

¹⁰⁹ Şenocak, s. 323-324. İnal, bu tür bilgilerin doğru olması gerektiğini ifade etmiştir. İnal, s.161. Ayrıca 24.4.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.58'e göre her hekim, salgın hastalıkları yetkili mercilere bildirmek zorundadır. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/> . TCK m 280 ise, sağlık mesleği mensuplarının görevlerini yaptıkları sırada bir suçun işlendiği yönünde belirti ile karşılaşınca suçu bildirmemelerinin suç oluşturacağını düzenlemektedir. Budak, HUMK m. 245/TV'de hekime, meslek sırrına ilişkin konularda tanıklıktan kaçınma hakkı tanınırken (01.10.2011 itibarıyla yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.249 hükmü de: “Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler” şeklindedir); sağlık mesleği mensuplarına, öğrendikleri suçları ihbar etme zorunluluğunu yükleyen TCK m.280'in değiştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Budak, s. 552. Esasen bu konunun yeniden ele alınıp gerekli yasal değişikliğin yapılması yerinde olacaktır.

¹¹⁰ Örnekler için bkz; Şenocak, s. 325.

dekilerin, ilgilisi tarafından kendilerine verilen sırları titizlikle saklaması gerekir¹¹¹". Hekimlerin de bu anlamda mutlak bir zorunluluğu bulunmaktadır.

Sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirebileceğimiz bir diğer alan, vekilin sözleşmenin ifasıyla ilgili gelişmeler hakkında düzenli olarak müvekkile bilgi verme borcudur¹¹². Hekim ile hasta ilişkisi bakımından hekimin hastayı, hastalığın çeşitli aşamalarında bilgilendirmesi ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında olup, bu yükümlülüğün genel olarak sadakat yükümlülüğünden doğduğu sonucu kabul edilmektedir. Sadakat yükümlülüğü üç kısım olarak düşünüldüğünde, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ön planda aydınlatma yükümü, sözleşme devam ettiği sürece genel anlamda sadakatle ifa ve sözleşme sona erdikten sonra sır saklama yükümünün varlığından bahsedebiliriz¹¹³. Henüz vekâlet sözleşmesinin kurulum aşamasında hekim, hastaya yönelik aydınlatma borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmez ise, hastanın buna dayalı olarak vereceği rıza geçerli olmaz ve tarafların irade beyanları uyumadığı sürece sözleşme kurulmuş olmaz¹¹⁴. Bu nedenle, hekimin açıklama yapma (aydınlatma) yükümlülüğünün hukuki temeli ve dayanağı, henüz sözleşme kurulmadığı için dürüstlük kuralıdır¹¹⁵. Ayrıca sözleşme ilişkisinin devamı süresince de, uygun bir aydınlatma olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, vekâlet sözleşmesinin ihlali anlamına gelecektir¹¹⁶.

Aydınlatma yükümlülüğü, hastanın tıbbi müdahalelere vereceği rızanın ön koşulu¹¹⁷, aydınlatılma ise, hasta açısından bağımsız bir haktır. Zira hasta aydınlatıldık-

¹¹¹ Arpacı, s. 141. Sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmak, kişilik haklarına bir saldırı niteliği taşıyorsa TMK m. 24 uyarınca vekile (hekime) tazminat davası açılabilir. Özkaya, s. 363. Ayrıca TCK m.136 da kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan ve ele geçiren kişinin cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

¹¹² Yavuz/Acar/Özen, s. 652; İnal, s. 161; Şenocak, s. 311. HHY m.15'de yer alan düzenleme: "Hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir" şeklinde olup, hekimin hastayı bilgilendirme borcu karşısında hastanın da bilgi isteme hakkı olduğu, hatta m.18 ile gerektiğinde tercüman kullanılabilceği hükme bağlanmıştır.

¹¹³ Şahiniz, vekilin özen borcunu da yan borç olarak nitelendirmekte, sadakat borcu kapsamında ele almaktadır. Özen borcunun, sadakatle ifa borcunun, sözleşmenin ifası aşamasındaki somut görünümü olduğunu ifade eden yazar, sadakatle ifa borcunun, sözleşmenin başında, sözleşme devam ederken ve sözleşme sona erdikten sonra da devam edecek nitelikte olduğunu, özen borcunun ise edimin ifasına başladığı andan itibaren söz konusu olduğunu belirtmiştir. Şahiniz, Salih, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu, Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, İstanbul 2002, (Doktora Tezi), s. 56,57.

¹¹⁴ Bu durumda hekimin müdahalesi, vekâletsiz iş görme sayılabileceği gibi, vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle kişilik haklarına yönelik haksız saldırı da sayılabilecektir.

¹¹⁵ Arpacı, s. 115.

¹¹⁶ Aydınlatma ödevi kusurlu olarak yerine getirilmediği için vücut bütünlüğü zarar gören hasta, BK m.46 çerçevesinde maddi zararının ve BK m.47'deki koşulların varlığı halinde de manevi zararının tazmin edilmesini ister. Özsunay, s. 57.

¹¹⁷ Ünver, Yener, "Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslar arası Hukuk Açısından Konumlandırılması", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı 1, Nisan 2007, s. 205; Gümüş, s.163; Fischer, s. 6; Zeytin, s. 168; Erman, s. 100; Özgül, s. 181; Özsunay, s. 32. Hasta ile hekim arasında tıbbi yardım konulu bir

tan sonra, henüz müdahaleye rızasının olup olmadığı belli değildir¹¹⁸. Çünkü hasta, hastalığı ve kendisine yapılacak tedavi türü hakkında yeterince bilinçlendirildikten sonra, buna ilişkin rıza beyanını açıklarsa, yapılan müdahaleler hukuka uygun kabul edilebilir¹¹⁹. Aksi halde, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesinin ihlali nedeniyle hekimin sorumluluğu oluşur¹²⁰. Zira vücut bütünlüğü üzerindeki hak, önemli bir kişilik hakkı olup, bu “bedensel bütünlüğe tecavüzün” de hukuka uygun sayılmasının yolu, hastanın rıza göstermesi olup¹²¹ bu rızanın geçerliliği için de hekimin hastayı aydınlatmış olması şarttır.

sözleşme ilişkisi olduğu ve hastanın buna yönelik irade beyanı olmadığı zaman, sözleşmenin kurulma olanağının bulunmadığı unutulmamalıdır. Bu hususu *Aşçıoğlu*; “tıbbi yardım ve el atmanın hukuka uygunluğunun ön koşulu hastanın (veya velinin veya vasiinin) rızasının mevcudiyeti olup, rızanın alınması insana ve onun yaşam ve sağlığına verilen yüce değerden ve bireyin kendi sağlığı hakkında karar verme hakkından kaynaklanmaktadır” şeklinde ifade etmiştir. *Aşçıoğlu*, s. 24,27.

¹¹⁸ *Ünver*, s. 205.

¹¹⁹ *Arpacı*, s. 114; *Özgül*, s. 98; *Özsunay/Elver*, s. 92. *Aşçıoğlu*, bu noktada; hastanın rızasını hastaneye değil, hekime verdiğini, insanın yaşam ve sağlığını koruyan kişilik hakkının da, tıbbi el atmayı ve müdahaleyi ancak hekim gerçekleştirdiği takdirde hukuka uygun kabul ettiğini ifade etmiştir. *Aşçıoğlu*, s. 21. *Bayraktar*, hastanın yeterince aydınlatıldıktan sonra, tıp bilimin makul sınırları içinde gerçekleştirilen bir müdahalenin, ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde; hekimin kendi hakkını icra eden kişi konumunda olması ve mağdurun rızasının mevcut olması halinde, ameliyat ne kadar başarısız olursa olsun, hekimin sorumlu olmayacağını ifade etmiştir. *Bayraktar*, Köksal, Yeni TCK Ve Hekimin Sorumluluğu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 54.

¹²⁰ Hekimin sorumluluğu haksız fiil hükümlerine dayanabileceği gibi, rıza olmadan yapılan müdahale neticesinde (sözleşme kurulmamış olduğundan) vekâletsiz iş görme hükümlerine de dayanabilecektir.

¹²¹ T.C Anayasası m.17’de yer alan tıbbi müdahaleler ile ilgili hüküm: “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz” şeklindedir. TŞSTİDK m.70 ve TDN m.14/2’de benzer düzenlemeler mevcut olmakla beraber, 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılınması ve Nakli Hakkında Kanunda (ODNHK) da düzenlemeler getirilmiştir. ODNHK m.7’de, organ ve doku alacak hekimlerin organ ve doku alınmasını yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi vermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. HHY m.22/E: “kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz” demektedir. HHY m. 24 kısaca, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerekli olduğunu ifade etmektedir. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/>. Esasen sınırlı ehliyetsizler, TMK m.16 hükmü gereğince kişiye sıkı surette bağlı bir hak olan tıbbi müdahaleye rıza beyanı için yasal temsilciye ihtiyaç duymazlar. Fakat HHY m.24’de, hastanın küçük ya da kısıtlı olduğu hallerde veli ya da vasiden izin alınması, ancak veli ya da vasi yok veyahut hazır değilse bu şartın aranmayacağını belirtilmekle beraber, temsilcinin mevcut olup da müdahaleye rıza göstermediği hallerde ise müdahale tıbben gerekli ise, mahkeme kararına bağlı olarak hastaya müdahale edilebileceği; temsilciden rıza beyanı alınmayan zaman gerektirecek olması halinde ise hastaya müdahale acil ise, izin şartının aranmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca TŞSTİDK m.70’de sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler için benzer bir düzenleme mevcuttur.

Esasen genel esaslara göre gayrimüeyyiz, kişiye sıkı surette bağlı haklı olan tıbbi müdahaleye rıza beyanında bulunma hakkının, yasal temsilci tarafından kullanılabilmesi gerekirdi. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, tam ehliyetliler, bağımsız olarak rıza verebilecek olup, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler için ise yasal temsilcileri yok ise, rıza aranmadan müdahale mümkün olacaktır. *Arpacı*, (Rıza), s. 10. Bu konu ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz; *Rosenau*, Henning, “Rıza Gösterme Ehliyetine YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Bazen vücut bütünlüğüne yönelik bu müdahalelerin, rıza olmasa da hukuka uygun sayılması daha üstün bir amacın varlığı sebebiyle kabul edilmektedir. Örneğin, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda kamu güvenliği ve sağlığı bakımından rıza olmadan aşılama ve aşılamaların yapılabilirdiğinden bahsedilmiş olup¹²², bu durumda da müdahaleyi hukuka uygun hale getiren üstün amaç, kanun hükmü ve kamu güvenliğidir¹²³. Aynı şekilde hastanın rıza açıklaması yapmasının mümkün olmadığı kaza gibi acil durumlarda, zımni ve varsayımsal rızanın varlığı kabul edilip, hastaya açık rızası alınmadan tıbbi müdahale yapılabilir ve zaruret durumu, hukuka uygunluğu sağlar¹²⁴. Bu belirtilen durumlarda, hastanın yaşam hakkının önceliği rıza alınmadan yapılan müdahaleleri hukuka uygun hale getirir ve hekim, vekâletsiz iş gören konumunda olur. Kişilerin zorla aşılınmaları ya da zehirli bir şey için kimsenin rızası olmasa da kurtarılması gibi durumlarda kişilik hakkına verilen kıymet ve saygının yansımaları görülmektedir¹²⁵. Zira hukuk, kişiyi kendisine karşı bile korumaktadır¹²⁶. Bu nedenle, hayati tehlikesi bulunan bir hastanın, müdahaleye açıkça karşı çıkması, rıza göstermemesi hali de bu çerçevede düşünülmeli ve hekimin tedaviyi gerçekleştirmesini gerektirmektedir¹²⁷.

Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", YÜHFD Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, III/2, 2006, Çeviri: Ali Kemal Yıldız, s. 49-59.

¹²² Arpacı, s. 112; Keza 24.5.1983 Tarih ve 2872 Sayılı Nüfus Planlaması Kanunu da, bir ameliyatın seyri sırasında kastrasyon (hadım etme) gereken hallerde kişinin rızasına bakılmaksızın bu ameliyenin yapılabilirdiğini düzenlemiştir. Özgül, s. 124. Ek olarak Türk Ceza Kanunu'nda m.191'de mahkeme kararı ile uyuşturucu bağımlısına rızası bulunmasa bile bağımlılığın sona erdirilmesi için tıbbi tedavi yapılabilirdiğine ilişkin düzenleme mevcuttur.

¹²³ Bkz; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.57'de sayılan kolera, veba, karahumma, şarbon ve benzeri hastalıklar hakkında hekimlerin zorunlu muayene ve tedavide bulunma hakları bulunmaktadır. Aynı yasanın 64.maddesinde kamu sağlığını tehdit eden diğer hastalıklar için de benzer önlemlerin Sağlık Bakanlığı tarafından alınabileceği belirtilmiştir.

¹²⁴ Özsunay/Elver, s. 92. Örneğin bir kazada bilincini yitirmiş olan kişiye karşı hekimin aydınlatma ödevini yerine getirebilmesi imkânsız olduğu gibi, belirli bir ameliyat için rızasını açıklamış hastaya ameliyat sırasında başka bir müdahalenin yapılması gereken hallerde de zorunluluk hali sebebiyle rıza olmasa bile ameliyat genişletilebilecektir. Örnek için bkz; Özsunay, s. 43,44. Arpacı, bu gibi sonradan müdahale gereken hallerde, hastanın bilinci açıksa ek rıza alınacağını, bilinci açık değilse, TŞSTİDK m.70'den yararlanılarak, ek rıza beyanı ihtiyacının ortadan kaldırılmış olacağını ifade etmiştir. Arpacı, (Rıza),s.12. Varsayımsal rızanın da ötesinde esasen bu konuda açık bir kanuni düzenleme mevcut olup, TŞSTİDK m.70, üzerinde ameliye yapılacak kişi ifadeye muktedir değilse, muvafakat şartının aranmayacağı yönünde çözüm getirmiştir. Ekleme gerekir ki, HHY m. 24/III hükmü de kanuni temsilcinin izin vermediği ya da bulunmadığı haller için mahkemeye gitme usulünün acil hallerde uygulanmayacağını düzenlemiştir. Rızanın aranmadığı diğer durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Erman, s. 173-195.

¹²⁵ Aşçıoğlu, s. 41.

¹²⁶ TMK m.23'de yer alan hükme göre kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden, özgürlüklerinden kısmen dahi olsa vazgeçemeyeceği düzenlenmiş, m.24 ise, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hâkimden koruma isteyebileceği, rıza, kamu yararı gibi durumlar haricinde, kişilik haklarına yapılan her türlü saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.

¹²⁷ Kişinin rızasının, onun yaşama hakkından üstün tutulup tutulmayacağı tartışmalıdır. Arpacı, s. 118. Arpacı, esasen hasta, sınırlı ehliyetsiz veya tam ehliyetsiz ise, TŞSTİDK m. 70 ve HHY m.24/I gereği, yasal temsilcinin izni yeterli iken; tam ehliyetli hasta için "hakkın icrası" kavramı göz önünde tutulmak suretiyle, hayati durumlarda tıbbi müdahalenin rıza olmaksızın mümkün kabul edilmesi gerektiği görüşünde olup, konuya ilişkin bir düzenleme getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Arpacı, (Rıza), s. 12.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkmamakla birlikte, azalacağı durumlar olabilecektir. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daralacağı bir duruma, hekimin başka bir hekimi tedavi etmesi örnek verilebilir. Bu durumda hekim, en azından hastanın (yani diğer hekimin) bilgisi olduğu konuları da göz önünde tutarak, temel düzeyde bir aydınlatmada bulunmalıdır¹²⁸.

Aydınlatma, “temel hatlara ilişkin”, “anlaşılabilir düzeyde” olmalı ve “doğru bilgiler” içermelidir. Aydınlatmanın kapsamında ise, hastanın “kişisel nitelikleri, görüşü ve bilgisi ile konuları anlama yeteneği” dikkate alınmalı; “ilaç kullanan ve özellikle ameliyata hazırlanan kişinin bu konuda duyarlı olabileceği düşünülmelidir¹²⁹. Esasen, hasta ile hekim arasındaki güvene dayalı kişisel ilişki nedeniyle, hekimin ortalama bir hastayı değil, tedavi ettiği hastayı esas alması ve onun fiziksel ve ruhsal durumuna, kişisel gereksinimlerine uygun olarak aydınlatma ödevini yerine getirmesi gerekir¹³⁰. Genel olarak hastaya, hastalığa konulan teşhis, tedavi yöntemleri ve özellikleri, süreç, kullanılacak ilaçlar ve yan etkileri ile tehlikeleri yanında, hastalık tedavi edildiği ve edilmediği zaman doğacak sonuçlar ve alternatif yöntemlerin olup olmadığı konusunda bilgi verilmelidir. Tedavi esnasında oluşabilecek komplikasyonlar ve her türlü risk hakkında, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün olup olmadığı ise tartışmalıdır¹³¹.

Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, hastanın dayanamayacağı, katlanamayacağı bazı bilgilerin mevcut olabileceğini düşünerek hareket etmelidir¹³². Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14’de yer alan düzenlemeye göre tabip ve dış tabibinin, hastasına ümit vererek teselli edeceği belirtildikten sonra, “hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur” demek suretiyle hekimin somut durumun özelliklerini dikkate alarak açıklama yapması gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Sözü geçen maddedeki son cümleye benzer bir düzenleme de, HHY m.19’da “bilgi verilmesi caiz olmayan ve tedbir alınması gereken haller” başlığı altında yer almakta olup, hastanın maneviyatını kötü etkileyecek şekilde hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caiz olduğu yakınlarına bilgi verilip verilme-

¹²⁸ Erman, s. 116; Özsunay, s. 45; Aşçıoğlu, s. 34.

¹²⁹ İnal, s. 163; Aşçıoğlu, s. 29.

¹³⁰ Şenocak, s. 315; Arpacı, (Rıza), s. 13.

¹³¹ Bu tartışmalar için bkz; Şenocak, s. 313,314. Aydınlatma yükümlülüğünü kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz; Ergun, s. 31-59; Erman, s. 109-121; Aşçıoğlu, s. 31-33; İpekyüz, s. 76-90. Hekimin aydınlatma yükümünün somut kapsamı ile ilgili olarak, ODNHK’da düzenlemeler getirmiştir. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/>.

¹³² Erman, s. 102; Şenocak bu durumu; “hastanın kendisine verilen her bilgiyi kaldıramayacağı ilkesine” riayet edilmesi gerektiği şeklinde ifade etmiştir. Şenocak, s. 316. Özsunay da, hekimin terapötik nedenlerle (hastanın psikolojik yönden çökmemesi için, tehlikenin artmaması için, üçüncü kişilerin korunması için vb...) susma sebeplerinin mevcut olduğunu ifade etmiştir. Özsunay, s. 46.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

mesinin de hekimin takdirinde olduğu düzenlenmiştir¹³³. Unutulmamalıdır ki, aydınlatmayı gerçekleştirecek hekim, hasta ile yapılan vekâlet sözleşmesinin karşı tarafı olabileceği gibi, bu konuda bir başkasını da yetkilendirmiş olabilir¹³⁴.

Hekim, hasta üzerinde bir deneme yapacak ise, bu denemeyle ilgili ortaya çıkabilecek ve zorunluluk teşkil edebilecek durumlarla ilgili, önceden üzerinde deneme yapılacak kimseyi aydınlatıp, rızasını almalıdır. Buna rağmen, sözleşmede öngörülmemiş riskler meydana geldiğinde, hekimin acil müdahalede bulunması gerekebilir. Bu durumda vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanılır¹³⁵. Fakat hastanın müdahaleye açık rızasının olmadığı durumlarda, vekâletsiz iş görme yoluyla yeni bir tıbbi yöntemin uygulanması da hukuka aykırı olup, koşulları varsa hekimin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir¹³⁶.

b-Özenle İfa

Tüm borç doğuran sözleşmelerde olduğu gibi, vekâlet sözleşmesinden doğan borçların da gereği gibi ifa edilmiş sayılabilmesi için taraflar borçlarını sözleşmeye uygun tarzda, dikkatli, basiretli ve özenli bir şekilde ifa etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün temeli ise dürüstlük kuralına dayanmaktadır. TMK m.2'de yer alan hükme göre "herkes borçlarını ifa ederken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır". O halde, özenle ifa, dürüstlük kuralının, iş görme sözleşmeleri bakımından uygulamasını ve yansımalarını oluşturmaktadır¹³⁷.

Daha önce de ifade edildiği üzere, vekil, müvekkil tarafından arzulanan sonucu taahhüt etmeyip, o sonuca ulaşmak için gereken faaliyetlerde bulunmayı ve sonucun gerçekleşmesini engelleyecek davranışlardan kaçınmayı taahhüt etmektedir¹³⁸. Çünkü vekâlet sözleşmesinde sonucun gerçekleşmesi rastlantısaldır. Gösterilen tüm özene rağmen sonuç gerçekleşmeyebileceği gibi, hiç özen gösterilmeden gerçekleştirilen bir

¹³³ Ayrıca ODNHK m.7'de, hastaya aydınlatmada bulunulması gerekliliği düzenlemiştir. *Arpacı*, HHY m.19 çerçevesinde teşhisin saklanması hasta için gerekli ise, bunun mümkün olduğunu, fakat aynı sonuca, yapılacak müdahalenin muhtemel sonuçları için ulaşılamayacağını ifade etmiştir. *Arpacı*, (Rıza),s. 13.

¹³⁴ Bkz; II, 2. Edimin Şahsen İfası.

¹³⁵ Örneğin, yeni yöntemlerin denendiği bir ameliyatta, hekimin başka müdahalelerde bulunması tıbbi bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. *Özgül*, s. 92. TDN m.13'de yer alan düzenlemeye göre ise, hastayı denenmemiş veya doğrulanmamış bir yöntem ile tedavi etmek kusur sayılmıştır.

¹³⁶ *Özgül*, s. 168.

¹³⁷ *Başpınar*, (Sorumluluk), s. 136. Bu husus, Hipokrat Yemininde de, "[...]mesleğimi dürüstlikle ve onurla yapacağıma [...]” şeklinde benzer ifadelerle yer almaktadır. <http://www.hekimce.com/index>. Yargıtay da bir kararında: "Vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun olarak hareket etme, onu zararlandıracak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Kendi çıkarını gözetken, vekil edenin yararı ile bağdaşmayan bir davranış içerisinde bulunan vekil, BK.390/I. maddesine göre sorumlu olur [...]” şeklinde bu durumu ifade etmiştir. Yargıtay HGK 5.5.1993 T, 1-179 E,195 K. (*Kazancı*). Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m.6, hastanın sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkının, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içereceğini düzenlemektedir.

¹³⁸ *Başpınar*, (Sorumluluk), s. 135; *Akıncı*,(Vekâlet),s. 16; *Özkaya*, s. 359. Doktrinde belirtildiği üzere, bu taahhüdün doğal sonucu olarak da, vekil, sonucun elde edilmemesinden değil, sonuca ulaşmak için yapmış olduğu işlem ve faaliyetlerin, özenle görülmemesinden sorumlu olur. *Tandoğan*, s. 409; *İnal*, s. 329.

ifada sonuç tesadüfen gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle, vekilin borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılması, faaliyetleri özenle gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır¹³⁹. Şöyle ki özen borcu, hekimin her türlü borcunun ifasında söz konusu olan bir borçtur. Gerçekten de niteliği itibarıyla bu borç, diğer borçları da belirler. Çünkü özen borcunu ihlal eden bir hekimin, diğer borçlarını da tam ve gereği gibi ifa ettiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle hekimin, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde diğer yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesinde özen borcu önem taşımaktadır¹⁴⁰. Örneğin, hekim ile hasta ilişkisinde hekimin tedavi ettiği hasta tam olarak iyileşmez, sakat kalabilir veya hayatını kaybedebilir. Bu tür sonuçlar, hekimin ücret alacağını ortadan kaldırmadığı gibi borcunu gereği gibi ifa etmediği anlamına da gelmemektedir. Esasen, hekimin tedavide kusurlu olduğu ispat edilmediği sürece, sorumluluğu da oluşmaz¹⁴¹.

Bu nedenle vekilin özenle ifa mecburiyeti vardır. Özenle ifanın asıl borcun ifasına yönelik bir yan borç mu¹⁴², yükümlülük mü¹⁴³, yoksa asli bir borç olarak mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır.

Gümüş, söz konusu iş ya da hizmetin kötü ifa edilmemesi -*doğru ifa*- için özenli olarak görülmesi gerektiğinden bahisle, özen yükümünün edim yükümünün bir parça-

¹³⁹ Nitekim Yargıtay da bir kararında bu hususu: “vekilin, gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesinin rizikosu vekile yüklenemez. Bu riziko müvekkil üzerinde kalır.” demek suretiyle ifade etmiştir. Yargıtay 13. HD. 5.2.1991 T,7902 E,1070 K. (*Kazanıcı*).

¹⁴⁰ **Başpınar**, (Özen), s. 195. Nitekim Yargıtay, şu gibi durumlarda özen yükümlülüğünün ihlali sonucuna varmıştır: “Prematüre bebeğin hemen ilgili servise nakledilmeyip daha sonra Fakülte Hastanesine gönderilmesi ve orada ölmesi”, Yargıtay 13. HD. 4.3.1994 T, 8557 E, 2138 K. “Ameliyat sırasında hastanın vücudunda 2 metre uzunluğunda tampon unutulması”, Yargıtay 13.HD.14.3.1983 T, 1982/ 7237E, 1983/1783K. (*Kazanıcı*). “Davalı doktorun her iki göze aynı seansta ameliyat yapılmaması gerektiği halde, aynı gün yapıp daha sonra hastanın takibinde özensiz davranması”, Yargıtay 13. HD. 17.6.2009 T, 2371 E, 8315 K. (*Kazanıcı*).

¹⁴¹ **Başpınar**,(Sorumluluk), s. 138. Özen borcunun yerine getirilmediğini ispat külfetinin, müvekkilde olması, hekim ile hastanın ilişkisi bakımından, hastada olduğu anlamına gelir. Doktrinde vekâlet sözleşmesinde hekimin, sonuç taahhüt etmemesi nedeniyle, ameliyatın başarısız olması halinde hekimin özensiz davranışına karine teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. O halde, hekim göstermesi gereken özeni göstermiş olmasına rağmen, başarılı sonucun gerçekleşmemesi durumunda hasta, hekim özen borcuna aykırı davrandığı için istenilen sonucun ortaya çıkmadığını ispatlarsa, hekimin de kusuru olmadığını, davranışlarının sonucun meydana gelmesinde etkili olmadığını ispatlaması gerekir ki, sorumluluktan kurtulsun. **Tandoğan**, s. 432.

¹⁴² **Şahiniz**, s. 57. Doktrinde özellikle hekimlik sözleşmesi bakımından hekimin özen gösterme yükümü bir yan yüküm olarak kabul edilmektedir. Hekimin asıl borcu, hastayı tedavi etmektir. Ancak tedavi sözleşmesinden bu asıl tedavi borcunun yanında hastaya özen gösterilmesi, sırlarının saklanması, aydınlatılması vs. bir takım yan yükümlerin de doğacağı ifade edilmiştir. **Ayan**, s. 58. (Nakden; **Gümüş**, s. 132.). Yargıtay da özen borcunu, vekâlet sözleşmesi bakımından açık olarak ifade etmese de eser sözleşmesi bakımından yan yüküm olarak değerlendirmiştir: “Hekimin burna estetik ameliyat yapmayı borçlandığı sözleşmede, iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun ifasını sağlayan diğer birtakım yan borçların da Kanunda açıkça yer aldığı ve işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur”. Yargıtay 13.HD. 5.4.1993 T, 131 E, 2741 K. (*Kazanıcı*). **Yılmaz** ise, özen borcunu, asli edim borcundan bağımsız bir davranış yükümü olarak nitelendirmektedir. **Yılmaz**, Murat, *Vekilin Özen Borcu*, Ankara 1997, s. 19. (Nakden; **Başpınar**, Sorumluluk, s. 148-149.)

¹⁴³ **Akıncı**, s. 304.

sını oluşturmayıp, vekâletin ifasının tüm aşamalarında, hem asli edimin hem de yan edim yükümlerinin ifa edilmesinde, vekilin davranışlarının belirli asgari gereğini oluşturan yüküm şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, özen borcu ne asli bir borç, ne sadakat borcunun içinde veya ayrı değerlendirilebilen yan bir borç, ne de sadece bir yükümlülüktür¹⁴⁴. Maddedeki özen yükümü, münhasıran vekâlet sözleşmesinden doğan asli edim olan iş yapma edimine bağlı ve onun doğru ifasını sağlamaya hizmet eden bir edimdir. Vekil sadece iş görmeyi borçlansa bile, işin doğru ifası, ancak özenle davranıldığında mümkün olabileceğinden, sözleşmenin ihlali de ancak özen borcuna aykırılık sonucu oluşabilir¹⁴⁵.

Başpınar, özen borcunun yan bir borç ya da tamamen ve her zaman asli bir borç olarak düşünülmemesi gerektiğini, özenin sadece “asli edim yükümünün ihlalinin bir şartı” olarak görülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, özen borcuna aykırılık, asli edimin ifasına bağlı olarak ortaya çıkıyorsa, asli edimin içinde değerlendirilmeli; fakat asli edimin ifasından ayrı bir sonuç olarak ortaya çıkıyorsa sadece özen borcuna aykırılığa dayanarak tazminat talep etmek mümkün olmalıdır. Örneğin, hekimin hastayı başarılı bir şekilde ameliyat etmiş olmasına rağmen, hastanın ameliyathane ortamının sağlıklı şartlar taşınamaması nedeniyle mikrop kapması halinde, hekimin edim borcundan bağımsız özen borcu olduğu ve buna aykırı davranıldığı için tazminat talep edilebileceği ifade edilmiştir¹⁴⁶.

Görüşümüz; özen ve sadakat borçlarının ifayı sağlamaya yönelik borçlar olduğu yönündedir. Özünde güven ilişkisinin olduğu vekâlet sözleşmesinde, işin ya da hizmetin görülmesi şeklindeki asıl borcun ifası ancak sadakat ve özenle gerçekleşebilir. Özen borcuna aykırı davranılmış olması, işin sonucunu etkilemeyecek olsa bile, vekâlet sözleşmesinde sonuç değil, işin iyi bir surette ifası borçlanılmaktadır. Keza, maddedeki iyi bir surette ifanın mehzaz metindeki karşılığı da sadakat ve özenle (iyi ve sadık) ifadır. Bu durumda sadakat ve özen, vekilin borcunun ifasının olmazsa olmaz unsurlarıdır.

BK m.390/I hükmü gereğince, vekilin sorumluluğu genel surette işçinin sorumluluğuna ait hükümlere¹⁴⁷ tabi olacağından, vekil de hafif kusurundan dahi sorumlu olacaktır. BK m.99 kapsamında¹⁴⁸ kural olarak hafif kusur halinde sorumsuzluk an-

¹⁴⁴ *Gümüş*'e göre; vekilin özen yükümü, asli edim yükümü olan yapma borcunun gereği gibi ifası bakımından tüm özen yükümlerinin somutlaşmasıdır. Özen yükümünün ihlali, yapma borcu niteliğindeki yükümün ihlalini oluşturur ve borçluya karşı asil edim yükümünün ihlali yanında, özensiz iş görme nedeniyle ayrıca ifa ve tazminat davası açılmaz. Bu konuda diğer görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz; *Gümüş*, s. 116-144.

¹⁴⁵ *Gümüş*, s. 75.

¹⁴⁶ *Başpınar*, (Sorumluluk), s. 159.

¹⁴⁷ BK m. 321: “işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiyeye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafi gözetebilir” şeklindedir. TBK m. 506, bu konuda işçinin sorumluluğuna yapılan atfı kaldırmış, onun yerine; “Vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür” şeklinde düzenleme getirmiştir.

¹⁴⁸ TBK m. 115.

laşmaları yapılabilirse de¹⁴⁹ bu durumun istisnalarından biri, ikinci fıkrada “sorumluluğun hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğması” hali olarak gösterilmiştir. Hekim ile hasta ilişkisi bakımından devlet hastanesinde çalışan hekimlerin sorumluluğu bu fıkra kapsamında değerlendirilebilir. Sözü geçen fıkranın ratio legisi, borçlunun; hekim ile hasta ilişkisi bakımından ise hastanın korunması, mağduriyetinin engellenmesidir. Bu gerekçeyle hüküm geniş yorumlanmalı, özel hastanede çalışan hekimlerin sorumluluğu bakımından da uygulanabilirliği kabul edilmelidir.

İşçinin göstermesi gereken özen borcu konusunda da doktrinde subjektif ve objektif kıstasların mevcudiyeti, vekil için bunlardan hangisinin ya da her ikisinin birden mi ölçüt alınacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Şöyle ki işçi için kabul edilebilen subjektif özen ile kastedilen, işçinin kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi gerekliliğidir. Çünkü bu kıstasa göre işçinin, iş sahibi tarafından bilinen özellikleri, yetenekleri dikkate alınmalıdır. Doktrinde vekil için de bu kıstasın dikkate alınması gerektiğini öne sürenler vardır¹⁵⁰.

Objektif özen ise, normal, makul, orta zekâlı bir vekilin aynı olay karşısında göstereceği özenin dikkate alınmasını gerektirirken¹⁵¹, yapılması gereken işin cinsi ve ağırlığı için gerekli olan mesleki bilgide de kendini gösterecektir¹⁵². Vekâlet sözleşmesindeki, hizmet sözleşmesinde mevcut olmayan, işin profesyonel bir kimse tarafından yapılmasına duyulan güven unsuru, vekilin bazen kendi işlerinde gösterdiği özenden bile daha fazla özen göstermesine yol açabileceğinden, objektif özenin ölçüt alınması gerekliliğine gerekçe oluşturabilir. Ayrıca belli bir eğitim sürecinin zorunlu olduğu mesleklerde, subjektif ölçütün uygulanabilirliğinin kalmadığı, diplomalı, ruhsatlı bir hekimin hasta tarafından fark edilmesi gereken bilgi ve beceri eksikliğini ileri sürmek suretiyle, sorumluluktan kurtulamaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵³. Objektif özen

¹⁴⁹ *Tandoğan*, güven ilişkisinin yoğun olduğu hekim ile hastanın ilişkisi bakımından, cerrahın kendisine güvenen hastaya hafif kusurundan sorumlu olmayacağını beyan etmesinin, kendisinden beklenen güveni ortadan kaldıracığından bahisle bu tür sorumsuzluk şartlarının hüküm ifade etmeyeceğini ve bu şartların ileri sürülmesinin de hakkaniyete aykırı bir durum yaratacağını beyan etmiştir. Bkz; *Tandoğan*, s. 434.

¹⁵⁰ *Akıncı*'ya göre, işbölümü ve uzmanlaşma gereği kişiler, çoğu işini genellikle tanımadıkları vekiller aracılığıyla başkalarına gördürmektedir. Yazar, bu nedenle bazı vekâlet türlerinde özel güven unsurunun yeterince yoğun olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca buna örnek olmak üzere, ameliyat için hastaneye başvuran hastaların, çoğu zaman kendilerini ameliyat edecek olan hekimin kim olduğunu, hangi alanda uzman olduğunu, daha önceki mesleki başarısının nasıl olduğunu ya da ahlaki özelliklerini bilmediğini göstermektedir. *Akıncı*, (Vekâlet), s. 60.

¹⁵¹ Hekimler için uzman hekim ile pratisyen hekimin göstereceği özenin ölçüsü aynı olmayacağından, söz konusu hekimin unvanına göre benzerleri ölçü olarak düşünülmelidir. *İnal* bu hususta, hekimin uzmanlığı ölçüsünde, kendisinden beklenen özen derecesinin de artacağını ifade etmiştir. *İnal*, s. 162.

¹⁵² *Başpınar*, (Sorumluluk), s. 161.

¹⁵³ *Tandoğan*, s. 411; *Başpınar*, (Sorumluluk), s. 161-179; *Akıncı*, (Vekâlet), s. 18; *İnal*, s. 137; *Şenocak*, s. 319; *Özsunay/Elver*, s. 89. *Başpınar*'a göre, hekimler uzun süren eğitimden ve sınavlardan geçmekte olup, hekimin diploması, ruhsatı ve diğer belgeleri, hasta için garanti niteliği taşımaktadır. *Başpınar*, (Özen), s. 196. Yargıtay bu hususu, “[...]mesleki bir iş gören doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...” şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay 13. HD. 4.3.1994 T, 8557 E, 2138 K. (*Kazanıcı*).

ölçütünün kabul edilmesinin bir sonucu olarak, hekimin, tıbbi faaliyetin zamanına göre, tıp alanında belirli bir bilgi seviyesine ulaştığının kabul edilmesi ve hekimin mesleğiyle ilgili yenilikleri her zaman takip edip, mesleki bilgisini güncel tuttuğunun düşünülmesi gerekmektedir¹⁵⁴. Aksi takdirde, hekimin eski bir yöntemi uygulaması yüzünden uğranılan zarardan sorumluluğu oluşabilir¹⁵⁵. Bununla beraber hekimin tedbirsizliği, bilgisizliği olmamasına rağmen zarar, sırf bilimin yetersizliğinden kaynaklanıyorsa, hekimin sorumluluğu oluşmaz¹⁵⁶.

Federal Mahkemenin bir kararında; tedavi için hekime başvuran hastaya, hekim ameliyat masraflarının sigorta tarafından ödenip ödenmediği konusunda bilgisi olmadığını söylemiştir. Mahkeme, aynı konuda çok sayıda ameliyat yapan hekimin bu hususa ilişkin bilgisizliğinin mazur görülemeyeceğini, bu nedenle bu beyana itibar edilmemesi gerektiğini belirtmek suretiyle, hastanın ameliyat masrafları konusunda, hekimin ifadelerine güvenmekte haklı olduğunu beyan etmiştir. Sonuç olarak da, hekimin özen borcuna aykırı davrandığı kabul edilmiştir¹⁵⁷.

Maddede, işçinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere atıf yapılmış olmasına rağmen, işçinin göstermesi gereken özen borcu ile vekilin göstermesi gereken özen borcunun ölçüsü birbirinden farklıdır¹⁵⁸. Ayrıca hizmet sözleşmesinde işçinin ücret alma hakkı karşısında işlerinde göstereceği özenin ölçüsü ile ücretsiz vekâlet sözleşmesinde, vekilin göstereceği özeni aynı derecede saymanın hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı da kabul edilmiştir¹⁵⁹.

Özellikle de hekim ile hasta arasındaki sözleşmedeki yapma borcunun konusu, diğer sözleşme tiplerinden farklı olarak insan sağlığı ve vücut bütünlüğü ile yakından ilişkili olduğundan, hekimin borca aykırı her hareketi, kişilik hakları bakımından telafisi güç ya da imkânsız zararlar doğurabilecek niteliktedir. Bu nedenle, hekimin diğer iş görme sözleşmesi borçlularına göre daha özenli hareket etmek zorunda olması kaçır-

¹⁵⁴ **Gümüş**, s. 223. Alman doktrini ve Yargıtay tarafından hekimin mesleki bilgi geliştirmesi, sözleşmeden kaynaklanan ayrı bir borç olarak nitelendirilmektedir. **İpekyüz**, s. 119. *İnal*'a göre; "[...]hekim, mutlak bilmesi gerekirken bilemediği veya tıp biliminin gereği olan tedbirleri alamadığı için, karşı tarafın zarara uğramasına neden olduğunda, meydana gelen zarardan, zarar görene karşı ve hatta zarar görenin desteğinden[...] mahrum kalanlara karşı da sorumlu olacaktır" *İnal*, s. 164.

¹⁵⁵ **Ayan**, s. 90. (Naklen; **Şenocak**, s. 320). *İnal*'a göre: "Özen göstermek demek, bilim ve fennin ulaştığı son seviyeyi takip edebilmek demektir". *İnal*, s. 142. **Özsunay/Elver** bu konuda: "[...] hekimin göstermesi gereken standart özen, tıp ilmiyle tıbbi bilginin tedavi arasındaki durumuna göre belirlenir." görüşündedir. **Özsunay/Elver**, s. 91. **Tandoğan**, hekimin tıbbi müdahale ile verdiği zararın, bilgisizliğinden, kusurundan veya yeteneksizliğinden kaynaklanmıyorsa ve müdahalenin yapıldığı anda bilimin eriştiği düzeye ciddi ve dikkatli bir inceleme ile anlaşılamayacak nitelikte bir zarar söz konusu ise, hekimin sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir. **Tandoğan**, s. 421.

¹⁵⁶ *İnal*, s. 164.

¹⁵⁷ **RO** 119 II 456. (Naklen; **Başpınar**, Sorumluluk, s. 156-157).

¹⁵⁸ **Bilge**, s. 253; **Aral**, s. 408; **Başpınar**, (Sorumluluk), s. 155; *İnal*, s. 330. Yargıtay da bu hususta şunları ifade etmiştir: "vekilin, müvekkil ile ilişkisinin niteliği göz önüne alındığında, vekilin sorumluluğunun yerine göre, işçinkinden daha sert bir şekilde takdir edilebileceğini kabul etmek gereklidir." Yargıtay 4. HD. 22.2.1974 T, 973/3098 E, 865 K. **Karahasan**, s. 878.

¹⁵⁹ **Başpınar**, (Sorumluluk), s.161; **Akıncı**, (Vekâlet), s. 18.

mlmazdır¹⁶⁰. Bununla birlikte değişen dünya düzeni ile yeni hastalıkların ortaya çıkması ve tıp bilimi ve tekniğinin de sürekli gelişim ve değişim içinde olduğu düşünüldüğünde, nihayet insan sağlığı üzerinde faaliyette bulunan hekimlerin ve diğer sağlık personelinin de insan oldukları gerçeği karşısında basit hatalardan ötürü sorumlu tutulmalarının da hakkaniyete aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.14'de "tıbbi özen gösterilmesi" kenar başlığı altında yer alan: "Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadık takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur" hükmü ile de hekim ve diğer sağlık personeli için özen gösterme yükümlülüğü düzenlenmiştir¹⁶¹.

Nitekim Yargıtay'ın 1983 tarihli bir kararında¹⁶² bu husus; "Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni ve sadakat borcunu eksik ya da hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü ele alınır. Diğer bir ifadeyle ölçü, objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır" şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay 1974 tarihli bir kararında da, hekimin özen ölçüsünün objektifleştirilmiş ölçüt çerçevesine göre tayin edilmesi gerektiğini; "bir meslek ya da san'at erbabı, meslek ve san'atını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlara beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulmaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, zararı meydana getiren subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir" şeklinde açıklamıştır¹⁶³.

Vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olarak akdedildiği hallerde, vekilin göstermesi gereken özen ölçüsünde bir değişiklik olup olmayacağı da doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş, vekâlet ücretinin yüksek olduğu hallerde, karşı tarafın beklemekte haklı

¹⁶⁰ Özgül, s. 151,164; İpekyüz, s. 30. Nitekim Hipokrat yemininde, "Tıp fakültesinden aldığım bu diplomanın bana kazandırdığı hak ve yetkileri kötüye kullanmayacağıma, hayatımı insanlık hizmetlerine adanacağıma insan hayatına mutlak surette saygı göstereceğime[...]" şeklinde bu husus gözetilmiştir. <http://www.hekimce.com/index>.

¹⁶¹ <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-555/eski2yeni.html>. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.2'de hekim ve m.14/I-II'de ise diğ hekimleri için özen mecburiyeti getirilmiştir.

¹⁶² Söz konusu kararda, davalı hekim hastanın vücudunda ameliyat esnasında gazlı bezi unutmuş olup bu onun ağır bir ihmali olarak nitelendirilmiştir. Çünkü bir operatörün ameliyat esnasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin de böyle bir olaya asla meydan vermemesi gerekli olduğu belirtilerek hekimin objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmiş, hekimin kusurlu olup olmadığına bilirkişiye inceletirilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Yargıtay 13. HD. 14.3.1983T, 1982/7237 E, 1983/1783 K. (Kazancı).

¹⁶³ Tandoğan, s. 420. Yargıtay 13. HD. 14.10.1974 T, 2637 E, 2492 K. (Kazancı).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

olduğu özenin derecesinin de yüksek olması gerektiği yönündedir¹⁶⁴. Ücretsiz vekâlet halinde ise özenin ölçüsü, ücretli vekâlete göre daha hafif tutulmalı, hatta işin borçlu için bir yarar taşımaması hallerinde, (BK m.98/I gereği) sorumluluğun “daha az şiddetle” belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Görüşümüz, vekilin özen borcunda ölçünün, objektif olması gerektiği yönündedir¹⁶⁶. Vekâlet, hekimlik gibi özellikle bir mesleki uzmanlık faaliyeti olarak ve ücret karşılığı yerine getiriliyorsa özenin ölçüsü bir kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen-den daha fazla olmalıdır. Özellikle diploma¹⁶⁷ ve ruhsat sahiplerinin kendi meslek alanlarındaki özen ve bilgidен en üst düzeyde sorumlu olmaları, vekilin (hekimin) özen borcunun objektifliğinin gerekçesini oluşturur. Ayrıca hekimler, meslek alanı içinde olan hafif kusurlarından da sorumlu olacaktır¹⁶⁸. Tüm bunların ışığında her somut olayda vekilin sorumluluğunu belirlemek için “vekâletin bir meslek icabı üstlenilip üstlenilmediğine” dikkat edilmeli, “vekilin o işin görülmesi için gereken bilgi ve becerisi” esas alınmalı, diğer yandan müvekkilin de “bu gerekli niteliklerin vekilde varoluş derecesini bilip bilmediği ve bilmesi gerekip gerekmediği” de nazara alınma-

¹⁶⁴ Gautschi, Art. 398, Nr. 24, d; BGE 70 II 211. (Naklen; Tandoğan, s. 411). Bu düşüncenin aynı tedavinin maddi gücü yüksek ve düşük hastalar arasında ayırım yapılması şeklinde değil, aynı durumdaki hastalara uygulanacak tedavinin farklı olması durumunda ücretin de farklılaşabileceği şeklinde anlaşılması gerekir. Doktrinde, Başınar tarafından, vekâlet sözleşmesinde sonucun gerçekleşmesinin tesadüf olduğu, hekimin elinden geleni yapmış olmasına rağmen, hastanın iyileşmesinin, onun bünyesine, ilaçlarını düzenli kullanmasına, sağlıklı bir ortamda yaşamasına bağlı olduğu ifade edilmek suretiyle, bu nedenlerden ötürü hekimin sonuç garantisi veremeyeceği gibi, ücretin artırımının da özen borcunun derecesini yükseltmemesi gerektiği belirtilmiştir. Başınar, (Özen), s. 200.

¹⁶⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 418; Başınar, (Sorumluluk), s. 169; İnal, s. 333; Tandoğan, s. 411. Nitekim Yargıtay da bir kararında: “[...]Davalı, ücretsiz olarak vekâlet işlerini gördüğünden, sorumluluğun hakkaniyete dayalı bir sorumluluk olacağı dikkate alınmalı, gerekirse delillerin elverdiği ölçüde BK m. 98/II, 43.maddelerinin uygulanması düşünülmelidir[...]” ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay 13.HD. 24.11.1980 T, 5538 E, 6178 K. ve 13.HD. 5.2.1991 T, 7902 E, 1070 K. (Kazancı).

¹⁶⁶ Özenle ifanın kapsamı hizmet sözleşmesinde olduğu gibi önce sözleşme hükümlerine ve daha sonra da BK m.321’de yazan unsurlara göre belirlenektir. Kanuna göre nasıl işi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecbursa ve nasıl kast ve, ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine verdiği zararlardan sorumlu olacaktır, vekilin de özenle hareket etmesi gerekecektir ve vekil de kusuru hafif de olsa sorumlu olacaktır.

¹⁶⁷ İnal, diplomanın, hekimin, tıp biliminde “ehliyetli kişi” olduğunu doğrulayan bir belge olduğunu ve bu belge gereğince, hekimin tıpta uygulanan veya uygulanması olağan olan çeşitli teknikleri bilmesinin ve normal yeteneğe sahip bir kişiden beklenebilecek bir yetenek ile bunları uygulayabilecek düzeyde olmasının gerekliliğini ifade etmiştir. İnal, s. 162.

¹⁶⁸ İnal, s. 143; Şenocak, s. 326.Hekimin özenli davranmak zorunluluğu ile ilgili olarak Yargıtay’ın bir kararında şu hususlar ifade edilmiştir: Kulak burun boğaz uzmanı olan hekime başvuran hastanın ameliyat esnasında burnunun içinde kırılan iğne ucunun hekim tarafından bulunup çıkarılmaması ve ameliyata son verilmesi ve bu durumda hastanın haberdar edilmemesi ve akabinde davacı hasta rahatsızlık duyup doktora başvurduğunda, başka hekim tarafından iğne ucunun çıkarılması söz konusudur.Orta seviyede bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özen gösterilmemiş olup, ihmal ve kusur söz konusudur. Hal böyle olunca davacının ruh ve beden huzurunun bozulmadığını düşünmek kabil değildir. Hekim, özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur. Yargıtay 13. HD. 6.11.2000 T, 8590 E, 9569 K. Karahasan, s. 846. Vekilin özenle yerine getirme borcuna aykırı davranmasından ötürü sorumluluğuna ilişkin olmak üzere, bkz; Yargıtay 13.HD. 17.6.1982 T, 4058 E, 4538 K. Yargıtay 13.HD. 24.11.1980 T, 5538 E, 6178 K. Yargıtay 13. HD. 1.10.1981 T, 5521 E, 6241 K. Karahasan, s. 874-875

lıdır¹⁶⁹. Hekim ile hasta ilişkisi bakımından da hekimin, tıp biliminin kurallarına uygun hareket etmesi¹⁷⁰, tedavi sürecinin her aşamasında dikkatli ve özenli davranması gereklidir.

Hekim, çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önüne tutmak suretiyle, hastanın tıbbi geçmişini araştırmalı, risklerin ortaya çıkmasını engelleyerek en güvenilir yolu tercih etmelidir¹⁷¹. Örneğin, Yargıtay 1976 tarihli bir kararında “çene cerrahı olarak çalışan davalının hastanede ameliyat ettiği hastanın çenesine röntgen ışınları uygularken, egzama yarasına benzeyen aşırı cilt ve adale bozuklukları meydana getirmiş olması ve bu sebeple hastanın yüzünde sabit izler kalmış olması durumunda, hekimin cihazı kötü kullanımından bu sonuçların meydana geldiği iddia edilmiştir. Yüksek Sağlık Şurası tarafından verilen raporda ise, bu bozuklukların hastanın bünyesinde ışınlarla karşı aşırı duyarlılığından ileri geldiği ve hekimin sorumlu olamayacağını belirtilmiştir. Oysa uzman hekim, hastanın bünyesini, kişisel durumunu ışınlarla karşı aşırı duyarlılığını önceden göz önüne alarak tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları bertaraf edecek nitelikte yapmalıdır. Bu şekilde yapmaz ise sorumlu olur. Bu durumda Yüksek Sağlık Şurası raporunun bilimsel nitelikten uzak olduğu ve hekimin mesleki bilgisinin gerektirdiği bütün gerekleri yerine getirdiğini ispat etmek zorunda olduğuna karar verilmiştir”¹⁷².

Hekim ile hasta ilişkisi bakımından, hekimin sorumluluğuna ilişkin *meslek hatası* kavramı kullanılmaktadır. Tıpta yanlış uygulama (ya da malpractice) denilen meslek hatası kavramı, “hekimin tedavi esnasında göstermekle yükümlü olduğu özeni göstermemesi veya yapması gerekli olan uygulamayı yapmaması, uzmanlık alanının dışında işlem ve uygulamalara girişmesi”¹⁷³, bilgi ya da beceri eksikliği veya hastaya

¹⁶⁹ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 418. Doktrinde, hekimin eğitim seviyesi yükseldikçe, ihtisas alanındaki faaliyetlerde, denenmemiş bir metodun uygulanmasında ve diğer tıbbi faaliyetlere nazaran cerrahi müdahalelerde hekimin özen borcunun daha yüksek olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz; Başpınar, (Özen), s. 198,199.

¹⁷⁰ İnal'a göre, hekimin mesleki kusuru; “tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulaması ve mesleğinin gereği olan özel görevlere, gereği kadar uymaması” hallerinde söz konusu olacaktır. İnal, s. 140. Yargıtay bu hususu “[...]Hekim, tıbbi faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim, tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uyguladıysa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymadıysa mesleki kusuru var demektir” şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay 4. HD. 7.3.1977 T, 76-6297 E, 77-2541 K. (Kazancı).

¹⁷¹ Tandoğan, s. 417.

¹⁷² Yargıtay 4. HD. 17.12.1976 T, 692 E, 11046 K. (Kazancı). Nitekim 3.6.2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararıyla, hekimlerin yapmış oldukları görevleri nedeni ile adli soruşturmalarda 1219 sayılı Tababet Ve Şua'batı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi gereğince, Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınmasının zorunlu olması ve YSS'nin mevzuatı gereğince, tüm mahkemelerden gelen raporları değerlendirmek üzere yılda bir kez toplanması ve bu durumda raporların geç düzenlenip yargılama sürecini uzatmasının, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olması gerekçesiyle, 75. madde iptal edilmiştir. <http://rega.basbakanlik.gov.tr>.

¹⁷³ Örneğin, ortopedi uzmanının hastanın iç hastahıklarında fonksiyon bozukluğu tespit edip, müdahalede bulunması yanlış uygulama örneği oluşturabileceği gibi; ortopedistlerin kendi aralarında da diz bozuklukları ya da kalça bozuklukları ile ilgilenenler şeklinde branslaşmasına rağmen, farklı alana müdahalede bulunmaları halinde malpraktis olgusu gündeme gelecektir. Benzer örnekler için bkz; İnal, s. 153.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

gerekli olan tedaviyi seçmek ve uygulamaktan kaçınmasından doğan zarara sebep olan uygulama tarzıdır¹⁷⁴.”

Bilgi ve beceri eksikliğinin, tıpta yanlış uygulama sonucunu doğurabilmesi için makul, orta seviyede bir hekim tarafından öngörülebilecek bilgi ve beceride eksiklik olması gereklidir. Örneğin, hastanın elini ameliyat eden cerrah, hastanın parmak fonksiyonlarına etki eden sinirleri keser ve kusurunu da (bilmediği şeklinde) itiraf ederse, bu aşamada başka bir cerrahın olaya müdahale etme imkânı varken, ona haber vermiyip hastayı iyileşeceğine ikna edip oyalarsa, tıbbi yanlış uygulama sonucu hekimin sorumluluğu gündeme gelir. Fakat öngörülemez bir bilgi ve beceri eksikliği söz konusu ise (complication) hekimin tazminat sorumluluğuna yol açmaz¹⁷⁵. Bunun için de hekimin, hastayı iyice tanıması ve hastaya uygulanacak tedavi neticesinde gerçekleşebilecek komplikasyonların “o hastada” daha ağır sonuçlar yaratıp yaratmayacağına karar vermesi gerekir. Çünkü komplikasyon, tıpta kabul edilebilir ölçüde kalan riskin gerçekleşmesinden doğan zararları ifade eder¹⁷⁶. Açık kalp ameliyatı yapan cerrahın, işlem esnasında kusuru olmaksızın, hastanın aort damarının kendiliğinden kopması halinde, hastanın bu istenmeyen ve öngörülemez sonuç karşısında hekimin sorumluluğuna gitme imkanı olmaz, zira hangi hekim olsaydı aynı komplikasyon gerçekleşecekti¹⁷⁷.

Tıpta yanlış uygulama halinde, hekim hastaya vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulacak olmasına rağmen, meslek hatası kavramının kusura mı yoksa sözleşmenin ihlaline mi yönelik olduğu tartışmalıdır¹⁷⁸. Yargıtay meslek hatası kavramını, temelde kusur kavramı içerisinde ele almaktadır. “Doktor, tıbbi faaliyetlerde bulunurken mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde doktor tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurun varlığı kabul edilmelidir. Doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusur bulunmadığını ispatla zorunludur. Aksi halde BK m.96 gereği sorumludur¹⁷⁹”.

¹⁷⁴ İnal, s. 144; Özsunay/Elver, s. 91.

¹⁷⁵ Bilgi ve beceri eksikliği çerçevesinde, komplikasyon ve malpraktis ayrımlarının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, tüberküloz teşhisi konan hastaya tedavi süreci devam ederken verilmesi gereken ilaçlardan birinin görme bozukluğu etkisi yaratacağı bu alanda hekimler tarafından, hatta tıp öğrencilerince bile bilinmesi gereken bir yan etkidir. Bir olayda, hastaya bu ilaç verilince hastanın görme şikâyetleri başlıyor ve daha sonra tam körlük oluşuyor. İlaça bağlı görme kaybı bir komplikasyon olmakla beraber, hekimin bunu fark ettiği anda önlem alması gereklidir. Hekim, ilk aktif müdahaleyi yapmaz ise komplikasyon olarak başlayan bir zarardan da, kusurlu olarak sorumlu tutulabilecektir. Bkz; Yavuz, Fatih, “Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 103.

¹⁷⁶ İnal, s. 157.

¹⁷⁷ İnal, s. 157. “[...]hekimlik, komplikasyonlu bir meslektir [...] Her türlü önlemi alsanız bile ilaçtan kaynaklanan, hastanın bedeninden kaynaklanan mutlaka komplikasyon ortaya çıkabilir[...]” Kök, Nezi, Ahmet, “Hekim Sorumluluğunu Tespit ve Yüksek Sağlık Şurası Örnekleri”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 69.

¹⁷⁸ Mukayeseli hukuk bakımından tartışmalar için bkz; Gümüüş, s. 103-108.

¹⁷⁹ Yargıtay 13. HD. 5.4.1993 T, 131 E, 2741 K. (Kazancı). Tandoğan bu hususta, meslek kusurunun mutlaka ağır kusur olmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir. Tandoğan, s. 418.

Bununla beraber Yargıtay'ın meslek hatası kavramını, sözleşme ihlali olarak gördüğü bir kararı da mevcuttur. Buna göre: "Bütün sorun hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmişse artık eylem ve davranışın hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir"¹⁸⁰.

Görüşümüz; meslek hatası kavramını kural olarak hekimin özen borcu¹⁸¹ çerçevesinde ele almak gerektiği yönündedir. Eğer tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına aykırı hareket olarak belirtilebilecek meslek hatası söz konusu ise hekim, özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu durum da, sözleşmeye aykırılık çerçevesinde ele alınmalıdır. Bununla birlikte istisnai hallerde, meslek hatası kavramına girmeyecek derecede tıp biliminin kurallara uygun hareket edilmiş olmasına rağmen, salt özen borcuna aykırı davranan hekimin de sözleşmeyi kötü ifa ettiğini söyleyebiliriz. Örneğin, mesleğin gereği olan tüm müdahaleler yapılmış, tıp biliminin bütün gerekleri yerine getirilmiş, hasta da eski sağlığına kavuşmuş olmasına rağmen, hekimin hastanın midesinde ameliyat eldivenini unutmuş olması, sadece özen borcuna aykırılık, bir ihmalkârlık olup, meslek hatası değildir.

c-Talimata Uyma Yükümlülüğü

Vekil, borcunu ifa ederken müvekkilin kendisine vermiş olduğu açık bir talimat var ise, buna uygun davranmalıdır. Taraflar vekâlet sözleşmesinde buna ilişkin düzenleme yapmış olabilirler, fakat sözleşmede buna ilişkin bir düzenleme yok ise; müvekkilin vekile, vekâletin ifasına yönelik talimat verme hakkı; vekilin de verilen bu talimata uygun davranma yükümlülüğü oluşur¹⁸². Talimat verme hakkı, vekile varması gereken, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilir yeni bir hak türüdür.

Vekilin, müvekkilin hukuka ya da ahlaka aykırı olan veya irade bozuklukları nedeniyle geçerli olmayan talimatlarına uyma mecburiyeti yoktur¹⁸³. Vekil, müvekkilin yanılarak, hileye maruz kalarak ya da tehdit edildiği için talimat verdiğini biliyor ya da

¹⁸⁰ Yargıtay 4. HD.10.4.1980 T, 2175 E, 4735 K. **Gümüş**, s. 109. *Gümüş*, bu konuda ayrıca "tıp biliminin genel kabul gören standartlarından her sapmanın, sözleşmenin ihlalinin gerçekleşmesi için yeterli olacağını" ifade etmektedir. **Gümüş**, s. 222.

¹⁸¹ Yargıtay kararlarında mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak (Yargıtay 13. HD. 5.4.1993 T, 131E, 2741 K) fen kuralları (4.HD. 11.2.1976 T, 4260 E, 1393 K) tıp biliminin teknik kuralları (4.HD. 27.4.1987 T, 2594 E, 3201 K) mesleki ihtimam(4.HD. 2.3.1965 T, 14605 E, 1160 K) mesleki şartlar ve tıp biliminin kuralları (13.HD. 30.12.1985 T, 6950 E, 7902 K) mesleki özen ve ihtimam (13. HD. 4.3.1994 T, 8557 E, 2138 K) mutad dikkat ve özen (13.HD. 6.11.2000 T, 8590 E, 9569 K) ifadeleriyle kastedilen, hekimin özen borcudur.

¹⁸² **Akıncı**, s. 306; **Berki**, s. 162; **Özkaya**, s. 325; **İnal**, s. 333.

¹⁸³ **Tandoğan**, s. 437; **Özkaya**, s. 326; **Fellman**, W, Kommentar zum Schweizerischen Privat recht, Bd. IV, Der einfache Auftrag, Bern 1992. Art.397,N.97; **OR-Weber**, R, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, Art. 68-96 OR, Bern 1983,Art.397,N.7; **Hofstetter**, J, Der Auftrag und die Geschaefsführung ohne Auftrag, SPR VII/2, Basel und Stuttgart 1979. s. 79.(Naklen; **Aral**, s. 414).

bilmesi gerekiyorsa, sadakat ve özen borçları gereğince bu talimata uymamalıdır¹⁸⁴. Buna rağmen vekil, borcunu yerine getirirse, sadakat ve özen borcuna uygun davranmadığı için ve vekâlet sınırlarının aşılması halinde ise, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu tutulur¹⁸⁵.

BK m.389/I, cümle 2’de; vekilin müvekkilin talimatından ayrılma hakkının olabileceği düzenlenmekte olup, müvekkilden zamanında açık talimat alma imkânının bulunmaması halinde, müvekkilden sorulabilseydi, onun talimata uymamaya rıza göstereceğinin kabul edilebilmesi halidir. Bunun dışında talimattan ayrılma halinde ise, BK m.389/II gereği doğan zarar tazmin edilmemişse, iş görülmüş olsa bile vekâlet ifa edilmiş olmayacaktır¹⁸⁶.

Doktrinde; “hekimlik mesleğinin özel uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, hekimlerin, görevlerini yerine getirirken hiçbir makam ve merciin emriyle bağlı olmaksızın mesleki ve vicdani kanaatlerine göre davranabilme özgürlüğü” nün varlığından bahsedilmektedir¹⁸⁷. Nitekim bu husus, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 5’de yer alan: “Tabip, dış tabibi sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder” hükmü ile somutlaşmıştır. Bu tür durumlarda müvekkilin (hastanın) talimat verebilme imkânı çok sınırlıdır. Ancak istisnai hallerde, örneğin tanınmış bir cerrahı, diğer bir cerrah ameliyat etmek durumunda ise, müvekkil de vekil kadar uzman olduğundan, ona detaylandırılmış ve olumlu yönde talimatlar verebileceği gibi, bazı hususların yapılmamasına yönelik talimatlar da verebileceği kabul edilmelidir¹⁸⁸. Hekime talimat verilebilen bu istisnai halde, hekimin de BK m.389 çerçevesinde talimattan ayrılma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Örneğin kapalı usulde yapılması talimatı verilen bir safra kesesi ameliyatının, zorunluluk gereği, açık ameliyata dönüştürülmesi veya bu sırada fark edilen karaciğerdeki iltihabın iyileştirilmesi halinde, baygın halde bulunan hastadan talimat alma imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda, imkân olup sorulsaydı da hastanın, ameliyatın bu doğrultuda yapılmasına rıza göstereceği kabul edilmelidir.

2.Edimin Şahsen İfası

BK m.67’de yer alan borcu ifa edecek kişi ile ilgili genel düzenleme: “Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir” şeklindedir¹⁸⁹. Buna göre kural, borcun üçüncü kişilerce ifa edilebilirliği; istisna, alacaklının menfaatinin bulunduğu hallerde mutlaka borçlu tarafından ifa edilmesi gerektiğidir.

Özünde güven unsurunun ağırlıklı olduğu vekâlet sözleşmesinde, borcun vekil tarafından ifa edilmesi ile bir başkası tarafından ifa edilmesi arasında fark oluşmaya-

¹⁸⁴ Gautschi, G, Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, 2, Abt., 3.Teilband: Der Werkvertrag, Bern 1966;4. Teilband: Der einfache Auftrag, 2. Aufl. Bern 1960, 5. Teilband: Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Mäklervertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag, Bern 1964, Art. 397, Nr.16 a-d. (Naklen; Tandoğan, s. 444).

¹⁸⁵ Tandoğan, s. 444.

¹⁸⁶ Aral, s. 414;Zevkliler/Gökyayla, s. 492. (TBK m. 505 bu hükmün karşılığını oluşturmaktadır.)

¹⁸⁷ Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 17. (Naklen; Özgül, s. 55.)

¹⁸⁸ Tandoğan, s. 438.

¹⁸⁹ TBK m.83, “şahsen ifa zorunluluğunun olmaması” başlığını taşımaktadır.

cak istisnai durumlar olabilir. Çünkü vekilin iş görme borcunun niteliği ve dolayısıyla onun kişisel becerileri ile ahlaki özelliklerine duyulan güven, işi kural olarak bizzat kendisinin yapmasını gerekli kılar¹⁹⁰.

Nitekim vekâlet sözleşmesi ile ilgili bu konuda özel bir hüküm mevcuttur. BK m.390/son'da yer alan düzenleme: "Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi (vekâlet konusu işi) kendisi yapmaya mecburdur" şeklindedir¹⁹¹.

Bu maddeye göre vekilin iş görme borcunu üç halde başkasına yaptırabileceği görülmektedir:

1. Vekil, başkasını tevkil etmeye yetkili olabilir. Bu duruma müvekkil açıkça ya da zımnen izin vermiştir.

2. Vekilin, durumun gereklerine göre başkasını tevkile zorunlu olması da mümkündür. Örneğin, gecikmesinde sakınca bulunan bir işi yapmakla yükümlü vekilin, aniden hastalanması durumunda, başkasına vekâlet vermesi mümkündür¹⁹².

3. Vekilin, kendi yerine başkasını tevkil etmesi, örf ve âdet gereğince olabilir. Örneğin, bir iç hastalıkları uzmanının, cerrahi bir işlem gerektirdiği durumda bir operatöre başvurması, örf ve âdete uygun olmakla beraber, genel kurallar çerçevesinde vekilin özen borcunun da doğal bir sonucu olarak kabul edilir. Yine tatile giden ya da izne ayrılan hekimin devamlı hastaları için yerine başka bir hekimin görev yapması, teamül gereğidir¹⁹³. Esasen, tatile giden hekimin yerine kalan hekimin, mevcut tedaviye devam etmeyerek, yeni ve başka bir tedaviye başlaması durumunda hasta ile arasında yeni bir vekâlet sözleşmesi kurulacaktır¹⁹⁴. Fakat tatile giden hekimin, alanında uzman ve tanınmış olması, hasta için hekimin şahsının önemli olduğu bir durum yaratır. Bu durumda genel kural olan BK m.67 çerçevesinde hekimin şahsen ifa mecburiyetinin doğduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple, maddede geçen "örf ve adet" ibaresi, genel kuralları ihlal edecek kadar geniş yorumlanmamalıdır. Aynı şekilde, gerekli

¹⁹⁰ Akıncı, s. 303; Özkaya, s. 360; Aşçıoğlu, s. 22; Tandoğan, s. 456. Hatemi de bu durumu, "[...]verme değil, yapma niteliği baskın olan iş görme sözleşmelerinde, iş görenin kişisel nitelikleri ve yeteneği göz önünde tutularak sözleşme yapılmış olduğundan bizzat ifa kuralı getirilmiştir." şeklinde ifade etmiştir. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 316.

¹⁹¹ Diğer iş görme sözleşmelerinden biri olan eser sözleşmesine ilişkin BK m.356/II'de getirilen eserin bizzat veya müteahhidin idaresi altında yapma kuralı "işin mahiyetine göre şahsi maharetin önemi yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir" şeklinde yumuşatılmıştır. Hizmet sözleşmesinde ise BK m.320'de ise aksi sözleşmeden ya da hal icabından anlaşılmadıkça, işçinin işi kendisinin yapmaya mecbur olduğu ve başkasına devredilemeyeceği öngörülmüştür. TBK m.506/1 hükmü ise şu şekildedir; "Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir."

¹⁹² Tandoğan, s. 458; Aral, s. 411; Berki, s. 163; Zevkililer/Gökyayla, s. 494.

¹⁹³ Tandoğan, s. 457.

¹⁹⁴ "[...] hasta, tatile gidenin yerini alan doktorun tedavisine rıza göstermekle, alt vekâlet asıl vekâlet haline dönüşür; özellikle ilk doktorun işi kendisine bıraktığı doktor, mevcut tedaviye devam etmeyip, yeni ve başka bir tedaviye başlarsa durum böyledir[...]" Gautschi, Art.398, Nr. 42.a. (Naklen; Tandoğan, s. 458). Fakat hekim bu durumda, tedaviye kaldığı yerden devam ederse, alt vekâlet çerçevesinde tedavi borcunu yerine getirecektir.

bakteriyolojik araştırmaları yapma işinin bağımsız çalışan tecrübeli bir hekime veya enstitüye gönderilmesi halinde, örf gereği hekimin yetkili kılındığı söylenebilir¹⁹⁵.

Bu üç halden birisi söz konusu ise caiz olan vekâlet; üç halden birine girmeyen bir durumda işin üçüncü şahıs tarafından görülmesi halinde ise caiz olmayan vekâlet söz konusu olacaktır. Vekâlet ister caiz olsun ister olmasın, üçüncü şahsın yetkilendirilmesi de iki yolla yapılabilir. Bunlardan *birincisi* vekilin, üçüncü kişiyle kendi adına alt vekâlet sözleşmesi yaparak görülecek işi devretmesi, bir başkasını tevkil etmesidir¹⁹⁶. *İkinci yol* olarak ise ikame vekâletten bahsedilebilir. İkame vekâlet doktrinde kimi yazarlarca¹⁹⁷ vekilin, vekâleti gereken sürede ifa etmemesi ya da hiç ifa etmemesi gibi durumlarda kendisinin yerine geçecek kişiyi tayin etmesi şeklinde anlaşılmıştır. Ağırılık kazanan bir diğer görüşe¹⁹⁸ göre ise, ikame vekâlet halinde vekil, müvekkil adına üçüncü bir kişiyle sözleşme yapar ve kendi borçlarının ifasını üçüncü kişiye bırakır. Bu durumda vekil, üçüncü kişiyle şahsen bir sözleşme ilişkisi kurmamakta, kendisine müvekkil tarafından verilen üçüncü kişiyle sözleşme yapma yetkisini kullanarak, doğrudan doğruya müvekkil ile üçüncü kişi arasında sözleşmenin kurulmasına vesile olmaktadır.

Kuşkusuz vekil, m.390/son'da belirtilen hallerden biri bulunmadıkça işi şahsen ifa etmek zorundadır. Bu kurala aykırı davranılmasının yaptırımını ise BK m.391/T'de, "vekil, yetkisi olmadan yerine bir başkasını tayin ederse, bu durumda onun fiillerinden kendi yapmış gibi sorumlu olacaktır" şeklinde belirtilmiştir¹⁹⁹. Bu durumda sorumluluğu doğuran şey, işin başkasına gördürülmesi suretiyle, vekâlet sözleşmesine aykırı davranılmasıdır. Vekil, kendi yerini alan kimsenin davranışında kendi bulunsaydı, bu davranış özen ve sadakat borçlarına aykırı sayılacak idiye ondan doğan zarardan sorumlu tutulur²⁰⁰. Bu durumda, vekilin yerine geçen şahıs, işi aynen vekilin göstereceği sadakat ve özen ile yapmışsa, sorumluluk oluşmaz²⁰¹. Bu aşamada da vekilin yerine geçen kişinin özen borcunu gereği gibi yerine getirip getirmediği belirlenirken, iş kendisine bırakılan kişinin değil, vekilin kişiliği ve nitelikleri göz önüne alınmalıdır. Örneğin, hâkim, kendisi yerine öğrencisini ya da asistanını ameliyata sokan tecrübeli bir

¹⁹⁵ Loeffler, W, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Zürich:1945.(Naklen; İpekyüz, s. 97).

¹⁹⁶ Tandoğan, s. 459; Özkaya, s. 471.

¹⁹⁷ Gautschi, G; Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR Bern 1967; Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1971, Art.398, N.44c; Fellmann, Art. 398, N.547 ve devamı; OR-Weber, Art.398,N.7 (Naklen; Aral, s. 412).

¹⁹⁸ Tandoğan, s. 461; Başpınar,(Sorumluluk), s. 199; Özkaya, s. 472; Bilge, s. 255. Yargıtay da ikame vekâleti kabul etmiş ve ikame vekilin sorumluluğu ile ilgili, kararında şu hususu ifade etmiştir:"[...]İkame vekil niteliği taşıdığıının anlaşılmasına, satışı gerçekleştirip satış parasını almasına, o nedenle davacı vekillik verene karşı sorumlu bulunmasına[...]" Yargıtay 13.HD. 17.12.1982 T, 7292 E, 7894 K. Bir başka kararında da Yargıtay; "Davacı ile asıl müvekkil arasında, usulüne uygun bir vekâlet ilişkisi meydana gelmiştir. O halde, birinci vekilin davacı ile kurduğu bu ilişkinin sonuçları asıl müvekkili bağlar" şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay 4. HD. 6.10.1969 T, 7193 E, 8211 K. Karahasan, s. 915.

¹⁹⁹ TBK m. 507/I.

²⁰⁰ Tandoğan, s. 465; Aral, s. 412. Gümüş, BK m.391/1'e dayalı sorumluluğun, objektif özen yükümünün ihlaline dayansa da, sözleşmesel sorumluluk olduğunu ifade etmiştir. Gümüş, s. 171.

²⁰¹ Özkaya, 473. Başpınar'a göre, bu durumda istenilen sonuç gerçekleşmese bile, vekilin sorumlu tutulmaması gerekir. Başpınar, (Sorumluluk), s. 198.

hekimin sorumluluğunu takdir ederken, bir öğrencinin ya da asistanın, tecrübeli bir hekimin göstereceği özeni gösterip göstermediğini araştırdıktan sonra, söz konusu özen gösterilmediği takdirde, hekimin sorumluluğuna karar verecektir²⁰². Şüphesiz ki, bu tür durumlarda vekilin yardımcı kişilerden faydalanması yasaklanmamıştır²⁰³.

Caiz olan vekâlet halinde ise, vekilin sorumluluğunun daha hafif olduğu görülmektedir. BK m. 391/II'de yer alan düzenleme: "Vekil, başkasını tevkile salâhiyettar olduğu takdirde yalnız salâhiyetini kullanırken ve talimat verirken tekayyüt ve ihtimam göstermekle mükelleftir" şeklindedir²⁰⁴. Bu durumda vekil, yetkisi varken bir başkasını vekil tayin etmiş ise, bu durumda yerine tayin ettiği şahsı seçmede gösterdiği özenden ve verdiği talimattan sorumlu olacaktır. Bu sorumluluğun dayanağı BK m.100 olup hüküm, ifa yardımcılarının, hastaya verdikleri zarardan, hekimin sorumlu olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Fakat BK m.100 işverene, ifa yardımcısını seçmede ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulma olanağı vermemesine rağmen, BK m.391/II hükmü, bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Görüldüğü gibi, burada vekile sadece yerine gelen şahsı seçmede ve talimat vermede sorumluluk yüklenmiştir. Yani vekil, bu hususta gerekli özeni gösterdiği takdirde, üçüncü şahsın kusurlu hareketinden sorumlu olmaz²⁰⁵.

Kanun, işi görecek üçüncü kişiye müracaat konusunda ise, caiz olan vekâlet ile caiz olmayan vekâlet arasında ayırım gözetmemiş ve BK m.391/III'de yer alan düzenlemeyle, vekilin, işi görecek üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bütün hakların, müvekkil tarafından da doğrudan doğruya ileri sürülebileceği kabul edilmiştir²⁰⁶.

Maddede, müvekkilin talep hakkından bahsedilmiş olmasına rağmen işi gören üçüncü kişinin talep ve dava hakkı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır ve zaten buna gerek de yoktur. Zira ikame vekâlet halinde ikame vekilin, müvekkile doğrudan talep hakkının mevcudiyeti ne kadar açık ise, alt vekilin de müvekkile karşı doğrudan

²⁰² Tandoğan, s. 465.

²⁰³ Bu durumda ifa yardımcılarının sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm olan BK m.100 uygulama alanı bulacaktır. Başpınar, (Sorumluluk) s. 196; Özkaya, s. 472; Reisoğlu, s. 15; Gümüş, s. 173; Tandoğan, s. 459; Bilge, s. 255.

²⁰⁴ TBK m.507/II.

²⁰⁵ Tandoğan, s. 466; Bilge, s. 254. Gümüş, BK m. 391/II'deki sorumluluğun, vekilin objektif özen yükümünü ihlal etmediğini ispatlama imkânına sahip olduğu bir olağan sebep sorumluluğunu oluşturduğunu ifade etmiştir. Gümüş, s. 173.

²⁰⁶ TBK m.507/III'de aynı şekildedir. Tandoğan, söz konusu hükmün sadece alt vekâlet halinde uygulanabilir olacağını ve bunun da pratik bir öneme haiz olduğunu belirtmiştir. Zira ikame vekâlet halinde, müvekkilin vekil vasıtasıyla kurulan sözleşme gereğince doğrudan işi gören kişiden talep hakkı zaten mevcut olacaktır. Hatta maddede vekilin sahip olduğu hakları müvekkilin kullanabileceğinden bahsedilmiş olup, bu da ikame vekâlet halinde vekile uygulanabilir değildir. Özellikle caiz olan alt vekâlet halinde üçüncü kişinin sözleşmeye aykırı davranması durumunda, müvekkil ikinci vekâlet sözleşmesinin tarafı olmadığı için doğrudan alt vekile dava açamayacak, taleplerini vekile yöneltecektir. Vekilin de talimat vermede kusursuz olduğunu ispatlaması durumunda, müvekkilin zararını tazmin mekanizması olarak 391/III devreye girecektir. Caiz olmayan alt vekâlette ise, müvekkil, üçüncü kişiye karşı vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanabileceğinden maddenin anlamı diğerine göre daha az anlamlı görülmüştür. Tandoğan, s. 468-472.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

bir talep hakkının olamayacağı o kadar açık ve nettir²⁰⁷. Alt vekilin müvekkil ile doğrudan bir sözleşme ilişkisinde olmaması ve sözleşme ilişkisinin nisbiligi kuralı çerçevesinde, alt vekilin müvekkilden bir talep hakkı bulunmaz²⁰⁸.

Genel olarak vekâlet sözleşmesi anlamında edimin şahsen ifası borcu hakkındaki kurallar, sözleşme taraflarının hekim ve hasta olması halinde de geçerlidir. Sözleşmede farklı bir düzenleme yapılmadıkça veya durum ve şartlar başka bir sonucu gerektirmediği, hekim ile hasta arasındaki sözleşmedeki edimlerin de hekim tarafından şahsen ifa edilmesi gereklidir²⁰⁹. Fakat maddede sayılan hallerden biri mevcut ise hekimin işin görülmesini alt vekile ya da ikame vekile bırakması mümkün, yardımcı kişilerden yararlanması ise çoğu halde gereklidir. Örneğin bir ameliyatta, cerrahi aletleri operatöre veren hemşire, yardımcı kişi; operatörün ani rahatsızlığı dolayısıyla ameliyatı kendisine bıraktığı meslektaşına ise alt vekil niteliğini taşır²¹⁰.

3. Hesap Verme Borcu

BK m.392’de yer alan, “vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe[...]mecburdur” ifadesi²¹¹, hesap vermenin, sadece sözleşme kapsamında işin görülmesi ile ilgili alınan önlemlere yönelik bilgilerle ilgili olacağı şeklinde değil, vekâletle ilgili her türlü bilgi ve belgenin müvekkile verileceği şeklinde geniş yorumlanmalıdır²¹².

Hesap verme, başkasına ait bir işin yapılması nedeniyle vekile yüklenmiş bir borç olarak düşünülse de aslında yapılan işlerin dökümünün, işlerin nasıl yürüdüğü, ne aşamada olduğunun müvekkile bildirilmesi kapsamında değerlendirildiği

²⁰⁷ Bir Yargıtay kararında da bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “[...]vekil, müvekkil nam ve hesabına hareket etmiş olduğu takdirde, temsil hükümlerine göre o mukavelenin hak ve borçları müvekkile aittir. Bilakis vekil kendi namına fakat müvekkil hesabına hareket etmiş ise bu mukaveleden doğan hak ve borçlar vekile racidir [...]” Yargıtay HGK.1.10.1969 T, 4/1057 E, 715 K. **Karahasan**, s. 917.

²⁰⁸ *Bilge*’ye göre; burada bir sözleşmenin ancak tarafları hakkında hüküm ifade etmesi kuralına kanunen getirilen bir istisna, kanuni bir teselsül hali söz konusudur. Zira vekil ve müvekkil, üçüncü şahsa karşı adeta müteselsil alacaklı konumundadır. Buna karşın üçüncü şahıs, müvekkile karşı tam bir vekil sıfatını taşımadığı için ona karşı bir hak iddia edemeyecektir. *Bilge*, s. 255. *Tandoğan* ise aksi görüştür. Yazar, müvekkilin, vekilin yerini alan üçüncü şahsın yaptıklarına icazet vermesi durumunda caiz olmayan vekâletin, caiz vekâlete dönüşeceğini ve üçüncü şahıs ile müvekkil arasında bir vekâlet ilişkisi doğacağından, üçüncü şahsın müvekkile bu vekâlet ilişkisine dayanarak doğrudan taleplerini ileri sürebileceğini ifade etmiştir. *Gautschi*, Art. 398, Nr.41, B. (Naklen; *Tandoğan*, s. 457).

²⁰⁹ *Özsunay/Elver*, s. 89. Nitekim TDN m.19’da yer alan düzenlemeyi de, hastanın önceden haberdar edilip rızası alındıktan sonra tedavinin başka bir hekime devredilmesi şeklinde anlamak lazımdır.

²¹⁰ *Tandoğan*, s. 461.

²¹¹ TBK m. 508/I.

²¹² *Akıncı*, s. 307. Yargıtay da kararlarında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Vekil, vekillik görevini özenle ve iyi bir biçimde yerine getirmek ve hesap vermekle yükümlüdür.” Yargıtay 13.HD. 9.1.1984 T, 7483 E, 1 K, “Vekil, yapmış olduğu işin hesabını vermek zorundadır.” Yargıtay 13.HD. 9.5.2000 T, 4080 E, 4468 K. “Vekil, BK m.392 uyarınca hesap vermekle yükümlüdür.” Yargıtay 13.HD. 29.6.1998 T, 3825 E, 5747 K. “Vekil, hesap vermekle yükümlüdür.” Yargıtay 13 HD. 26.12.1996 T, 10497 E, 11787 K. Ayrıca bkz; Yargıtay 13. HD. 4.4.1996 T, 2727 E, 3317 K. Yargıtay.13 HD. 25.3.1996 T, 2561 E, 2819 K. **Karahasan**, s. 873-923.

zaman, doktrinde de ifade edildiği şekilde genel bir bilgi verme yükümü²¹³ olarak sadakat borcunun içinde mütalaa edilebilir. Bu durumda BK m.390/II'de yer alan *iyi bir surette ifa* terimi geniş yorumlanarak hesap verme borcu buraya dâhil edilecek olursa, ayrıca bir düzenlemeye gerek kalmaz. Bununla birlikte, bir yapma borcu²¹⁴ olarak düzenlenen hesap vermenin, özünde güven ilişkisinin olduğu bir sözleşmede, maddedeki "mecburdur" ifadesine rağmen emredici nitelikte olduğu şeklinde yorumlanmaması da gerekir.

Hekim için hesap verme yükümlülüğü, hastaya ilişkin bilgilerin düzenli bir şekilde kayda geçirilip saklanması yükümlülüğü²¹⁵ olarak da isimlendirilebilir. Bu çerçevede hekimin, hastasına genel durumu, hastalığının gidişatı, kurtuluş şansı, uygulanacak tedavinin yan etkileri ile sonuçları ve maliyeti hakkında bilgi vermesi gereklidir²¹⁶.

Hekimin bu yükümlülüğü karşısında, Hasta Hakları Yönetmeliği m.16'da yer alan: "Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir" hükmü, hastaların kayıtları inceleme ve düzeltilmesini isteme hakkını somutlaştırmıştır²¹⁷.

BK m.392'de yer alan: "[...]ve bu cihetten dolayı her nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediyeyle mecburdur" şeklindeki vekilin aldıklarını geri verme borcuna yönelik düzenleme, hekim için uygulandığında; hekimin hastalığa teşhis için hastadan istediği belirli belgelerin, daha önce bir başka hekime müracaat edilmişse tedavinin sonuçlarını gösteren belgelerin, röntgen filmlerinin, laboratuvar çıktılarının, ameliyat raporlarının, yapılan testlerin sonuçlarının geri verilmesi olarak anlaşılabilir. Esasen vekilin aldıklarını geri verme borcunun da, tıpkı hesap verme borcunda olduğu gibi sadakat borcu içinde düşünülmesinde sakınca yoktur²¹⁸.

III. Hekimin Tazmin Etmesi Gereken Zararlar ve Sorumluluğunun Temelleri

Hekimin, vekâlet sözleşmesi anlamında yukarıda sayılan borçlarına aykırı davranması sorumluluğunu gündeme getirir. Örneğin, hekimin, ameliyat esnasında yanlışlıkla kendi parmağını kesmesi, hemşirenin hekimin parmağını kesmesi ya da depresyon olması halinde borca aykırılık farklı sebeplere dayanmaktadır. İlk halde, hekimin hem özen borcuna aykırı davranıldığı için borca aykırılık nedeniyle, aynı zamanda beden bütün-

²¹³ Yavuz/Acar/Özen, s. 653; Özkaya, s. 489; Gautshi, Art. 400, Nr.22, a-e, (Naklen; Tandoğan, s. 479).

²¹⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 653.

²¹⁵ İpekyüz, s. 108; Şenocak, s. 320; Özsunay/Elver, s. 91; Aşçıoğlu, s. 63.

²¹⁶ Honsell, H./Vogt, N.P./Wiegand, W, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht (Art.1-529 OR), 2. Aufl., Basel 1996, Art. 400 Anm. 6. (Naklen; Şenocak, s. 321).

²¹⁷ Hekimin borca aykırılık halinde sorumluluğu gündeme geldiğinde, üzerinde bulunan kusur karinesini çürütmek amacıyla tutulan bu kayıtlara dayanması ve kusuru olmadığını ispatlaması daha kolay olacaktır. Kıcahoğlu, Mustafa, "Hekim Sorumluluğu ve Yargı Kararları", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 114. Ayrıca, TŞTİDK m.72 hükmü de, hekimler için protokol defteri tutmak zorunluluğu yüklemiştir.

²¹⁸ Özkaya, s. 491.

lüğüne kusurlu olarak verilen bir zarar da söz konusu olduğu için haksız fiil nedeniyle tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. İkinci halde, hekimin, borcun ifası için yardımcı personel olarak kullandığı hemşirenin müdahalesinden sorumluluğu tartışılabilir. Sözleşme tarafı olan hekim, ifa yardımcısının söz konusu fiilinden dolayı BK m.100'e göre sorumlu olacaktır²¹⁹. Deprem nedeniyle borcun ifa edilememesi halinde ise kusursuz ifa imkânsızlığı oluşur ve hekimin borcu sona erer. Zira bu ihtimalde bir mücbir sebep söz konusu olduğu için -hekimin davranışı, hastanın ölümüne sebebiyet vermediğinden- illiyet bağının eksikliği haksız fiil sorumluluğunun oluşmasını da engeller. Bir başka örnek ise, hekimin ameliyatı belli bir tarihte yapması gerekirken yapmaması halinde, özünde güven unsurunun bulunduğu bir sözleşmede, hasta için borcun ifasının faydasız kalması hal²²⁰ söz konusu olmasa bile mehile gerek kalmaksızın, seçim haklarının kullanılabilmesi gereklidir.

Keza, akupunktur tedavisi konusunda hiçbir bilgisi olmayan hekimin kendisine başvuran hastalara bu yöntemle tedavi gerçekleştirdiği konusunda güven vermiş olması ihtimalinde, vekilin iş görme borcu, akupunktur tedavisi olarak somutlaşmış olur. Fakat hekim, bu borcun ifasını kendinden kaynaklanan sebeplerle yerine getirememektedir. Başka bir hekimin ise bu ifayı gerçekleştirebilecek olması gerçeği karşısında sözleşme tarafı olan hekimin borcunda sübjektif ve kusurlu bir ifa imkansızlığı söz konusu olur. Hekimin, vekâlet sözleşmesinin hiç ifa edilmemesi nedeniyle tazminat sorumluluğu gündeme gelir.

Hekimin borca aykırı davranışı, bazen kişilik haklarına da aykırı bir davranış sayılabilir ve haksız fiil sorumluluğu²²¹ gündeme gelir. Kural, bir kimsenin, bir başkasının vücut bütünlüğüne, hayatına, sağlığına vb. yönelteceği her tecavüzün hukuka aykırılığıdır. Bu tecavüzü gerçekleştiren hekim olması halinde de fiil, hukuka aykırıdır²²².

İster sözleşmeye aykırılık, ister haksız fiil temelli olarak açılan tazminat davalarında talep edilebilecek zarar kalemleri, maddi ve manevi tazminatlar olarak belirtilebilir²²³.

TMK m.2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı, herkese belirli bir biçimde davranış mükellefiyeti yüklemektedir. Bu genel kurala aykırı davranış, sorumluluğu gündeme getirir. Yargıtay da bir kararında, sözleşmeyle belirlenen görevi sırasında doğruluk [dürüstlük] kurallarına uymadığı zaman vekilin sorumlu olacağını belirtmiştir²²⁴.

Bir kimsenin, vekâlet sözleşmesi ile kendisine yetki verildiği halde veya diğer herhangi bir sözleşme gereğince zorunlu olmadığı halde, başka bir kimseyi zarardan korumak ya da onun tehlikede olan bir malını korumak veya menfaatini gözetmek için o kişiye ait işleri yapması mümkündür. O halde, vekâletsiz iş görmenin şartlarını;

²¹⁹ İpekyüz, s. 127.

²²⁰ BK m. 107 (TBK m. 124).

²²¹ Başpınar, (Sorumluluk) s. 220-223.

²²² Reisoğlu, s. 4.

²²³ Özsunay/Elver, s. 94. Ayrıca bu durumda hastanın yakınlarının, destekten yoksun kalma tazminatı talep etmesi de mümkündür. Bkz; Yargıtay 13. HD. 4.3.1994 T, 8557 E, 2138 K. (Kazanıcı).

²²⁴ Yargıtay 13.HD. 8.5.1994 T, 2958 E, 353 K.(Kazanıcı).

başkasına ait bir işin görülmesi, iş görenin bu işi yapma yetkisinin bulunmaması ve iş görenin başkasının işini görme iradesinin bulunması olarak ifade edebiliriz²²⁵.

Hekimin de hasta ile arasında bir vekâlet sözleşmesi olmadığı halde²²⁶ müdahalede bulunması gereken durumlar olabilmekte ve bu tür durumlarda hekim de, BK m.411'de yer alan vekâletsiz iş gören konumunda olmaktadır²²⁷. Vekâletsiz iş gören hekim de, vekil olan hekim ile aynı derecede özeni göstermek zorunda olup, göstermediği özen neticesinde meydana gelen zarardan, hafif ihmalden dahi olsa sorumlu olur²²⁸. Bu tür durumlara örnek olarak, hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda yapılan müdahaleler, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğu doğan haller verilebilir.

Fakat BK m.411'de yer alan, vekâletsiz iş görenin, işi, iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapmış olması durumunda sorumluluğunun daha hafif takdir edileceği hükmünün, hekim ile hasta ilişkisi bakımından birebir uygulanması mümkün olmamalıdır²²⁹. Zira acil bir durumda mesleği itibarıyla faaliyette bulunan hekimin sorumluluğunun, sözleşmesel faaliyet çerçevesinde müdahalede bulunan hekime göre daha hafif takdir edilmesi için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Hatta - başkasının bir işini - hastasının tedavi ya da acil müdahale gibi bir işini, vekâletsiz olarak gören hekimin, sözleşmesel bağ çerçevesinde tedavi eden hekime göre, bu noktada daha özenli davranması gerektiği kabul edilmelidir. Zira her iki durumda da önemli olan, özenle yapılan tedavi işi ve hastanın korunmaya değer haklarından en önemlisi olan yaşam hakkıdır.

D. SONUÇ

Bu çalışmada öncelikle, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin özellikleri dikkate alınarak, kanunda sayılan iş görme sözleşmeleri ve isimsiz sözleşmeler çerçevesinde değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, çalışmada incelendiği şekilde en çok özelliklerini taşıdığı ve bu ilişkiye en uygun olan sözleşme, vekâlet sözleşmesidir. Bu değerlendirme neticesinde, tıbbi faaliyetlerin genel olarak kanunda, hekimlik sözleşmesi şeklinde bir düzenleme mevcut olmadığı sürece ve olsa bile boşluk olan hallerde, vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yerine getirildiği kabul edilmelidir. Çünkü hekimler, ilişkiyi, hizmet sözleşmesinden ayırmamızı kolaylaştıran zaman ve hiyerarşik ilişki unsuru bulunmaksızın bir işin ya da hizmetin sadakat ve özen ile görülmesi borcunu yüklenen, bunun karşılığında ise kanunun teamül ya da kararlaştırma harici zorunlu unsur olarak saymadığı ücrete hak kazanmakta olan vekillerdir. Hekimler, teamülün bir yansıması olarak, kendi tarifeleri gereğince ücrete hak kazandıkları bir vekâlet sözleşmesinin tarafıdırlar. Buna ek olarak, takma diş, protez yapımı ve benzeri durumlar haricinde bir sonuç meydana getirme borcunu yüklenmeyen hekimlerin, bu özel durumlarda eser sözleşmesinin tarafını oluşturduğu da

²²⁵ Bilge, s. 282-283.

²²⁶ Özgül, bu hususta; "Tedavi amaçlı ya da bilimsel amaçlı bir deneme yapılacaksa, hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığı şarttır. Aksi halde, hekimin yaptığı deneme özel hukuk açısından haksız fiil kapsamında değerlendirilecektir." demektedir. Özgül, s. 92.

²²⁷ TBK m. 527.

²²⁸ Şenocak, s. 330; Bilge, s. 284.

²²⁹ Bu hükmün uygulanmasında hâkimin takdir hakkını serbestçe kullanacağı ifade edilmiştir. Şenocak, s. 330.

kabul edilmelidir. Çünkü hekimin tıbbi tedaviler çerçevesinde yapma borcu, her zaman bir şey imali şeklinde sonuçlanmayacak, bir hizmetin ya da işin görülmesi esnasında gösterilecek faaliyetlerin ve çabanın ürünü olacaktır. Estetik müdahaleler ise, azil ve istifanın mümkün olduğu vekâlet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Keza bu tür müdahalelerde de hekim, bireyin vücut bütünlüğüne yönelik faaliyette bulunmakta ve eş zamanlı olarak psikolojik tedaviyi gerçekleştirmektedir.

Bireylerin yaşama ve sağlık hakkı ile kişilik hakları çerçevesinde vücut dokunulmazlığı, mevzuatımızda çeşitli hükümlerle koruma altına alınmıştır. Bu konuda T.C.Anayasası, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi temel kanunlarımız dışında tıp hukuku alanında da pek çok tüzük ve hasta haklarının somutlaşmasını sağlayan yönetmelikler mevcuttur. Bu bağlamda hekimin, faaliyetini sözleşme ilişkisi olmadan gerçekleştirdiği durumlarda, hastanın rızasının alınmaması makul bir sebebe dayanmadığı sürece, bu müdahale borçlar hukuku anlamında haksız fiil, ceza hukuku bakımından ise özel şartların oluşması durumunda suç teşkil edebilir. Bununla beraber bir sözleşme ilişkisinin yokluğu, tarafların kusurundan ileri gelmiyor ise, acil durumlar gibi rıza alınamayacak hallerde hekimin, vekâletsiz iş gören sıfatıyla hareket ettiği kabul edilebilir.

Hekimin, mesleği gereği insan vücudu üzerinde gerçekleştireceği müdahaleleri geçerli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirmesi, hukuka aykırılığı başlangıçta ortadan kaldırsa da, bu ilişkinin devam ettiği süre boyunca hatta bazen sona erdikten sonra dahi vekâlet sözleşmesi anlamında belirli borçların gereği gibi ifa edilmemesi hukuka aykırılık ve sorumlulukların oluşması sonucunu doğurabilir. Burada hekimin belirlenen kapsamda hizmeti, sadakat ve özenle, hastanın menfaatlerini gözeterek yerine getirmesi gereklidir. Sadakat ve özen borçları işin görülmesi için zorunlu unsurlar olup, bu borçlara aykırılık halinde hekim borcu gereği gibi veya duruma göre hiç ifa etmemiş sayılır.

Özünde güven ilişkisinin en yoğun olduğu vekâlet sözleşmesinde hekimin tedavi borcunu bizzat yerine getirmesi gereklidir. Fakat bu gereklilik hekimin, kanunun kabul ettiği şartlar çerçevesinde ikinci bir vekilden yararlanmasını engellemeyecek nitelikte olmalıdır. Keza hekimin yardımcı şahıslardan faydalanması da evleviyetle mümkün hatta çoğunlukla gerekli olmaktadır.

Hekim ya da hastanın dürüstlük kuralına riayet etmek koşuluyla vekâlet sözleşmesini istedikleri anda sona erdirebilme imkânlarının varlığı da, güven ilişkisinin zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu değerlendirmeler karşısında hastanın, hekimin sözleşmeden doğan borçlarını ve mesleğinin icaplarını yerine getirmesini engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekliliği ve hekimin de karşısında bilgisiz, zayıf, güçsüz, kendisinin yardımına muhtaç konumda hasta bir insan olduğunu unutmadığı ve hastasına bir müşteri gözüyle bakmadığı, mesleğini tıp biliminin kurallarını göz ardı etmeksizin yerine getirdiği durumlarda bir hukuka aykırılık oluşmayacağını ifade edebiliriz.

KAYNAKÇA**I. Kitaplar ve Süreli Yayınlar**

AKINCI, Şahin; Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Konya 2004.

AKINCI, Şahin; Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004.(Doçentlik Tezi). (Atıf şekli: Vekâlet).

ARAL, Fahrettin; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2010.

ARPACI, Abdülkadir; Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.

ARPACI, Abdülkadir; “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, VI/2, 2009, s.5-15.(Atıf şekli: Rıza).

AŞÇIOĞLU, Çetin; Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların ve Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki), Ankara,1993.

BAŞPINAR, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004.(Atıf şekli: Sorumluluk).

BAŞPINAR, Veysel; Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hakkı, Sayı 3, Kasım 2007, s.191-205.(Atıf şekli: Özen).

BAYRAKTAR, Köksal; Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 52-60.

BERKİ, Şakir; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973.

BİLGE, Necip; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.

BUDAK, Cem, Ali; “İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, Sağlık Açısından Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 545-555.

ERMAN, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003. (Yüksek Lisans Tezi).

EROĞLU, Fulya; “Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Yer Alan Haklara İlişkin Bir İnceleme”, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 3, s. 2-33.

FISCHER, Gerfried, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, YÜHFD, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, III/2, 2006, Çeviri: Efe Direnisa, s. 3-29.

GÜMÜŞ, Alper, Mustafa; Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

GÜRAN, Sait; “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s.78-87.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

İNAL, Tamer; Borca Aykırılık ve Sonuçları, 2. Bası, İstanbul 2009.

İPEKYÜZ, Yavuz, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

KARAHASAN, Reşit, Mustafa; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Notlandırılmış Yaşa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, Beşinci Cilt, İstanbul 2004.

KICALIOĞLU, Mustafa; “Hekim Sorumluluğu ve Yargı Kararları”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.108-119.

KÖK, Nezh, Ahmet; “Hekimin Sorumluluğunu Tespit ve Yüksek Sağlık Şurası Örnekleri”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 61-71.

ORAL, Tuğçe; “Hekimle Hasta Arasındaki Hukuki İlişki”, <http://www.turkhukuksitesi.com>.

ÖZGÜL, Emin, Mehmet; Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010.

ÖZKAYA, Eraslan; Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Ankara 2005.

ÖZSUNAY, Ergun; “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 31-59.

ÖZSUNAY, Ergun/ELVER, Nazan; “Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 90-96.

REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s. 1-18.

ROSENAU, Henning; “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, YÜHFD, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, III/2, 2006, Çeviri: Ali Kemal Yıldız, s. 49-70.

SAVAŞ, Halide; “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi” İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 2007/3, s.1001-1023.

ŞAHİNİZ, Salih; Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu, Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, İstanbul 2002. (Doktora Tezi).

ŞENOCAK, Kemal; Mesleki Sorumluluk Sigortası, Özellikle Doktor, Avukat ve Mimarın Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.

TAHİROĞLU, Bülent; Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2011.

TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 2010.

ÜNVER, Yener; “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 1, Nisan 2007, s.199-234.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2009.

YAVUZ, Cevdet; Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, 8. Bası, İstanbul 2011.

YAVUZ, Fatih; “Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 97-107.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010.

ZEYTİN, Zafer; “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Sağlık Hakkı, Hasta Hakları, Sayı: 3, Kasım 2007, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s. 165-191.

II. Elektronik kaynaklar

<http://www.khyk.kazancihukuk.com>. (*Kazancı*) (Erişim: 19.11.2010, 11: 59).

• <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-555/eski2yeni.html>. (Erişim: 17.11.2010, 15: 18).

• <http://www.ttb.org.tr/mevzuat> .(Erişim: 15.11.2010, 13: 00).

• <http://www.hekimce.com/> .(Erişim: 21.11.2010, 00: 13).

• <http://rega.basbakanlik.gov.tr>. (Erişim: 15.11.2010, 10: 30).

• <http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net>. (Erişim: 2.10.2010, 23: 19).

• <http://www.belgenet.com>. (Erişim: 28.11.2010, 21: 11).

• <http://www.turkhukusitesi.com>. (Erişim: 28.11.2010, 21: 23).

• <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/> .(Erişim: 2.10.2010, 21: 00).

• <http://www.hukukturk.com> .(Erişim: 10.10.2011, 11: 43).

REAL EFFECT OF BILL OF LADING (KONİŞMENTONUN AYNİ ETKİSİ)

Araş. Gör. / Res. Assz. Aksoy YAVAŞ*

ÖZET

Özellikle denizaşırı satışta düzenlenen ve kullanılan koniştirmento çok önemli bir ticari belgedir. Yükü temsil etme özelliği, uluslararası ticarete malların satımı ve bankaların kredi ihtiyaçlarını karşılamasına yardımcı olmaktadır. Koniştirmentoyu keşide eden ile koniştirmentonun lehdarı (ve daha sonraki lehdarları) arasındaki hukuki işlemler koniştirmentoya sıkı sıkıya bağlıdır; yük üzerindeki aynı hakların geçişi koniştirmentonun devri ile mümkün kılınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Koniştirmento, koniştirmentonun aynı etkisi.

ABSTRACT

Bill of lading is a crucial document in international trade. Document of title function enables bill of lading to be used in international trade. Legal transactions between the assignor of the bill of lading (consignor or following assignors) and assignee are strictly subject to the bill of lading; therefore, real rights on the goods are acquired through the bill of lading.

Keywords: *Bill of lading, real effect of bill of lading.*

I. In General

Bill of lading¹ is a crucial document in international trade; especially in overseas trade is widely drawn and issued². However, there is no legal definition in ComA. Bill of lading can be defined as a negotiable instrument, acknowledging that the goods have been loaded³ or received to take on board for shipment (not yet loaded)⁴ and shall be delivered to the person entitled to receive them at the port of arrival, is unilaterally drawn and issued by the master or the agents as representatives (statutory agents) of the carrier⁵.

* Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law, e-mail: aksoyyavas@hotmail.com

¹ Derived from the Latin *cognoscere* which means *cognition*. GASKEL/ASARIOTS/BAATZ p.2; ÇAĞA/KENDER,II, p.65; TÜRKEL p. 1102.

² GASKEL/ASARIOTS/BAATZ p.1; KARAN p.41; ÜNAN(Koniştirmento) p.13; ÜNAN p. 1.

³ On board (Shipped) bill of lading. There are two types of bill of lading: 1)On board(Shipped) bill of lading 2) Received for shipment bill of lading

⁴ Received for shipment bill of lading also called as mate's receipt which is not a document of title ÇAĞA/KENDER,II, p. 67.

⁵ BAHTİYAR p.61(Klozlar); BULUT p.19; KENDER/ÇETİNGİL p. 125; ÇAĞA/KENDER,II, p.65; OKAY p. 29 There are various definitions of bill of lading that can be detailed; AKINCI p.188;

Bill of lading is not a contract, for that, has been made by telex, fax, booking note, recap, mail, orally etc.⁶ In the case of any objection to the contrary, the incorporation of the terms and conditions the parties have agreed upon with bill of lading that provides evidence for the contract of affreightment^{7,8}. In kirkambar carriage, not only between the carrier and the consignee, but also between the carrier and shipper bill of lading applies⁹. However, in charter contract bill of lading mere apply between carrier and consignee (ComA. art. 1110/1) unless the shipper is also the consignee (ComA. 1110/3)¹⁰.

The content of the bill of lading is defined by ComA. art. 1098 as the information about the carrier and the ship, the shipper and the consignee, port of loading as well as port of discharge, those are relevant facts for any contract of carriage¹¹.

The bill of lading has three functions¹²:

a) *A proof of contract of carriage*

b) *A receipt that the goods been taken delivery of by the carrier*

c) *A document of title*

Document of title function enables bill of lading to be used in international trade¹³, sell the goods¹⁴ and banks can provide credits¹⁵.

BOYD/ANDREWS/FOXTON p.66; KARAN p. 155(Konişmento); SCHOENBAUM p. 546; TEKİL p.144(Deniz Hukuku); ZEVKLİLER p. 529-530.

⁶ İLGIN p.14.

⁷ KARAN p.163(Konişmento); ÇAĞA/KENDER,II, p. 83; TÜRKEL p. 1106.

⁸ To clarify further information, main categories of contract of affreightment should be basically explained; Contract of affreightment is divided mainly into two categories: 1) Charter Party(ComA 1016/1): Full or partial cargo carrying capacity of a vessel is allocated to the *shipper* (will be used as "taşitan") to carry his goods either for one or more agreed number of voyage(voyage/trip charter) or for a determined period(time charter) 2)Kirkambar Contract(ComA. art. 1016/2)(There is no such suitable translation of this contract in English law, thus kirkambar contract shall be used for also further parts instead of contract of common carriage): Carrier is merely under the obligation of carrying the goods, neither with a specified vessel nor a allocated part of the vessel. KENDER/ÇETİNGİL p. 109; ÇAĞA/KENDER,II, p. 7-9.

⁹ ÇAĞA/KENDER,II, p. 83-84.

¹⁰ Identical situation of bill of lading's application to the parties and related third parties in Anglo-Saxon law: GASKEL/ASARIOTS/BAATZ p. 685; BOYD/ANDREWS/FOXTON p.71-74; TODD(Bills of lading) p.134-5; TODD p.17-18.

¹¹ ÇAĞA/KENDER,II, p. 73.

¹² KENDER/ÇETİNGİL p. 132-6; ÇAĞA/KENDER,II, p. 100; SCHOENBAUM p. 547; TÜRKEL p.1105; ZEVKLİLER p. 549-550 TEKİL claims that there exists also another function of bill of lading: A proof that the consignee infringes his duty to notify and ascertain when the goods are lost or damaged at the port of arrival as situated time limits (ComA. 1066/3)(*prima facie evidence*) TEKİL p. 144 (Deniz Hukuku); TEKİL p. 40 The author clarifies that this *prima facie evidence* appropriates Brussels Convention(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bill of Lading) In deed, this is mere the reversal of onus of proof from carrier to consignee.

¹³ ÜNAN p.13 (Konişmento); ÜNAN p. 1.

¹⁴ TODD p. 14(Bills of lading).

¹⁵ KENDER/ÇETİNGİL p. 135; KARAN p. 58.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Function c, a document of title¹⁶ that has a strict reliance with the real effect of the bill of lading¹⁷. Therefore, by explaining the real effect of the bill of lading, the document of title of bill of lading that is the vital function¹⁸ shall be clarified.

II. Legal Grounds and Qualifications of Real Effect of Bill of Lading

Acquiring a real right (pledge, ownership) by the bill of lading, also holder of bill of lading receives the following rights¹⁹:

a) Right to demand delivery of the goods at the port of arrival (personal right) or right to execute the pledge.

b) In addition to acquiring real right (depending on consent of parties; right maybe ownership or pledge), holder of the bill of lading also receives the indirect possession of the goods.

Real effect of bill of lading-as in b- is stated in ComA. art. 1104, CivA. art. 980 and 957. There are three theories to explain the real effect of the bill of lading:

1) *Absolute Theory*²⁰: By drawing a bill of lading, real effect of the bill of lading is materialized. It is not required to transfer the possession of the goods to carrier. Although, goods are not under the possession of the carrier (or his agent), by transferring the bill of lading, real right is acquired; unless, a bona fide third party acquires the ownership or right to pledge by agreement or delivery.

This theory is criticized; according to ComA. art. 1104 delivery of the goods to carrier or his agents is mandatory.

2) *Relative Theory*²¹: ComA. art. 1104 does not stipulate any specific rule rather than the civil law rules stipulating the acquisition of a real right on movable property. This is only the transfer of possession²². This theory has fewer supporters and criticized; by transfer of possession a notification is required, however, by delivering the bill of lading there is not any requirement of notification.

3) *Representation Theory*²³: This theory is based on principal possession-subordinate (subordinate) possession and direct-indirect possession. The goods must be under the carrier's possession which is subordinate possession. Due to this distinction, the owner remains the principal possessor. It is accepted that delivery of the bill of lading is as the delivery of the goods to the lawful holder. The real effect of the bill of

¹⁶ There is some controversy about the exact meaning of terms as "document of title", "negotiability", and "transferability" when applied to bills of lading. Bill of lading is negotiable in the sense that it is transferable, and negotiability feature of the bill of lading means that it functions as a document of title. GASKEL/ASARIOTS/BAATZ p.118; SCHOENBAUM p. 550.

¹⁷ AKINCI p. 252.

¹⁸ BAHTIYAR p. 62 (Klozlar).

¹⁹ AKINCI p.190; KARAN p.57 ;ÇAĞA/KENDER,II, p. 100,64-5;YEŞİLOVA p. 42.

²⁰ AKINCI p. 241-2; KARAN p. 158(Konışmento); ÇAĞA/KENDER, II, p. 102-103; OKAY p. 59-60; TEKİL p. 38 fn. 51; YEŞİLOVA p. 45; ZEVLİLİLER p. 555.

²¹ AKINCI p. 242; ÇAĞA/KENDER, II, p. 103-104; OKAY p. 60-61; TEKİL p. 38 fn. 51; ZEVLİLİLER p. 555.

²² Used only here as "zilyetliğin havalesi".

²³ AKINCI p. 243; KARAN p. 158-159(Konışmento); ÇAĞA/KENDER,II, p. 104-106; OKAY p. 61-62; TEKİL p. 38 fn. 51; ZEVLİLİLER p. 555-558.

lading depends on the subordinate possession of the carrier, in addition principal and indirect possession of the holder of the bill of lading. Therefore, there is no real right when non-possession of the carrier and the holder of the bill of lading as goods are stolen, lost or delivered to third one by mistake. This dominant theory is also criticized: Designation time of loss of possession is very difficult .In addition, representation of the goods by the bill of lading is not secured.

ComA. art. 1104 provides that CivA. is applicable instead of providing a real right acquisition. ComA. attributes to CivA. art 980 which is in possession articles and may also be understandable from the titles of articles, that, it is one of the form of acquiring possession without delivery²⁴. CivA. art. 980 stipulates that by delivering the bill of lading, indirect possession on the goods can be transferred to the holder²⁵.

There is another dispute on this issue, whether, by delivering the bill of lading, the ownership is acquired or mere the direct-indirect possession is transferred²⁶. Supporters of absolute theory claim that, by delivering the bill of lading, ownership is acquired²⁷. However, the other theories disclaim that by delivering the bill of lading only the possession of the goods is delivered. Although *Zevkliler* disagrees on absolute theory, however, due to importance of the bill of lading in trade, he suggests that CivA. should not apply to the bill of lading and by delivering the bill of lading, the real right should transfer²⁸.

CivA. art. 980 states that the goods must be delivered to carrier or his agents to be carried. The reasoning under this article is, that, to be able to receive the goods that are represented by the bill of lading, firstly should be delivered to carry²⁹. By delivering the goods, carrier becomes the subordinate possessor and the holder of the bill of lading becomes indirect possessor³⁰. However, it is not clear in CivA. or ComA. whether must the carrier keep the subordinate possession of the goods and must the holder be the principal possessor when the bill lading is delivered? The aim of the delivery, when purpose of the rule maker is interpreted, is to have the possession also at the time of delivery of the bill of lading³¹. The hope that the goods will be received is not based only to the delivery, but also being the subordinate possessor of the goods at the transfer of the bill of lading³². By having two requirements, it is valid for business life that the bill of lading represents the goods³³ and is identical as goods. In this situation, business life rule is reflected as a law³⁴.

²⁴ ÇAĞA/KENDER, II, p. 106.

²⁵ AKINCI p. 239; ÇAĞA/KENDER, II, p. 106; YEŞİLOVA p. 45-46; TÜRKEL p. 1104; ZEVKLİLER p. 555-556.

²⁶ AKINCI p.240; YEŞİLOVA p. 45-46 fn. 94; ZEVKLİLER p. 555.

²⁷ YEŞİLOVA p.45-46 fn. 94; ZEVKLİLER p. 555.

²⁸ ZEVKLİLER p. 567-8.

²⁹ ÇAĞA/KENDER,II, p. 107; OKAY p. 58.

³⁰ AKINCI p. 239; ÇAĞA/KENDER, II, p. 107;ZEVKLİLER p. 536.

³¹ ÇAĞA/KENDER,II, p. 107.

³² ÇAĞA/KENDER,II, p. 108.

³³ KENDER/ÇETİNGİL p.135; ÇAĞA/KENDER,II, p. 108; ZEVKLİLER p. 554.

³⁴ ÇAĞA/KENDER,II, p. 108.

On the other hand, CivA. art. 980 is in the articles regulating possession and ruled that by transferring and delivering the bill of lading, the subordinate possession is transferred. If the holder has not subordinate possession of the goods at the time of the transfer of the bill of lading, there will be no transshipment of the goods due to the reliance of CivA. art. 980/1 that is mandatory to obtain the subordinate possession for the carrier and to obtain indirect possession for the holder³⁵.

CivA. art. 980/2 is a solution when there is a conflict on the rights between the one who received the goods in good faith and the one who received the bill of lading in good faith. The solution is in favor of the one who received the goods (CivA. art. 980/2). However, this article causes a debate on whether a real right can be acquired in the absence of possession? This article is about possession not a real right; therefore, the preferred concept is the possession of the holder on the goods not the real right³⁶. Moreover, this article is a mere rule that is restating the general principle in CivA. art. 988³⁷. The ownership of the holder of the bill of lading on the goods disappears when a third bona fide person has the ownership on the goods and receives them, unless, the third bona fide person has a pledge on the goods and receives them³⁸. In the last case, holder of the bill lading has the ownership, however, with a pledge on the goods³⁹. It can not be claimed against the possession right (depending on ownership or pledge) of the third bona fide person (ComA. art 1105). In the absence of CivA. art. 980/2, the solution will be the same due to the derivation of CivA. art. 988, however, if the one who receives the goods in a bad faith, can not acquire a real right⁴⁰. As in this case, it is not acceptable that the bona fide holder of the bill of lading acquired the real right by argumentum a contrario interpretation⁴¹.

It should not be derived from CivA. art. 980/2 that the acquisition of a real right of the bona fide holder of the bill of lading is valid, if the third person who received the goods in a bad faith, therefore, CivA. art. 980/2 is not a independent rule regulating causes of the acquisitions and there is not any rule saying the bona fide holder of the bill of lading acquires the real right if the holder of the goods is in a bad faith⁴².

Under these circumstances, the holder of the goods in a bad faith does not acquire the real right. Therefore, he must return the goods to the previous possessor (the carrier), unless the holder returns the goods, the holder of the bill of lading has not the indirect possession⁴³. However, although, the bill of lading as a negotiable instrument represents the ownership⁴⁴ of the goods⁴⁵, the bill of lading does not represent the

³⁵ KENDER/ÇETİNGİL p.136; ÇAĞA/KENDER,II, p. 108.

³⁶ ÇAĞA/KENDER,II, p.109.

³⁷ KARAN p.57; ÇAĞA/KENDER,II, p. 110.

³⁸ ÇAĞA/KENDER,II, p. 110.

³⁹ AKINCI p.268; ÇAĞA/KENDER,II, p. 110.

⁴⁰ ÇAĞA/KENDER,II, p. 110

⁴² Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid

⁴⁴ CivA. art. 976 stipulates that the ownership of a movable property can not be lost unless the owner deserts or a third party acquires, although mere the possession is lost.

⁴⁵ AIKENS/LORD/BOOLS p. 109.

goods⁴⁶. Therefore, by delivery and transfer of the bill of lading, the real right can not be delivered and transferred⁴⁷.

Under the circumstances it has been mentioned, however it is controversial, it may be deemed that the real effect of the bill of lading is valid, mere the carrier has the subordinate possession and the holder of the bill of lading has the indirect possession of the goods at the duration of delivery of the bill of lading. The real effect of the bill of lading is stated in CivA. art. 980, placed in negotiable instruments rules. CivA. stipulates that lawful transfer and delivery of the bill of lading consequence the transfer of possession of the goods. Under the CivA. the strict compliance between the real effect of the bill of lading and the possession is linked by stating that real effect of the bill of lading is valid mere the possession is transferred⁴⁸. CivA. 980/2 does not convert the principle of publicity on real rights (acquisition of real right with possession)⁴⁹. If the rule maker had a vice-versa opinion, this rule had not been placed in articles about possession⁵⁰. It is deemed that representation theory is supported and the following information is based on this theory unless the vice-versa is stated.

A temporary loss of the possession on goods does not cause the loss of possession that will not affect the real effect of the bill of lading⁵¹.

III. Conditions

The all of the following conditions must be meet for the validity of the real effect of the bill of lading and that are:

1) *Goods must be delivered to be carried:* As stipulated in ComA. art. 1104, the goods must be received by the carrier or his agents (master etc.) to be carried. Loading is not necessary⁵²; therefore, from this aspect, there is no distinction between the received-for-shipment bill of lading and the on-board (shipped) bill of lading as a real effect⁵³. However, in English law received bill of lading is nonnegotiable⁵⁴. By making no distinction between the received-for-shipment bill of lading and the on-board (shipped) bill of lading as a real effect, both bills of lading are transferable in trade⁵⁵. Remaining the possession of the goods is satisfactory for this condition, therefore, receiving the goods by the carrier under direct or indirect possession is valid (the goods may be delivered to the independent agent of the carrier, for example, to the port authority or warehouse)⁵⁶. When servants and agents of the carrier or the master

⁴⁶ ÇAĞA/KENDER,II, p. 110

⁴⁷ ÇAĞA/KENDER,II, p. 111.

⁴⁸ ÇAĞA/KENDER,II, p. 111.

⁴⁹ KARAN p.57; ÇAĞA/KENDER,II, p. 110.

⁵⁰ ÇAĞA/KENDER,II p. 111.

⁵¹ AKINCI p. 243.

⁵² KENDER/ÇETİNGİL p. 136.

⁵³ AKINCI p.244; KENDER/ÇETİNGİL p. 136 please see also fn. 3-4.

⁵⁴ AIKENS/LORD/BOOLS p.109.

⁵⁵ AKINCI p. 244; YEŞİLOVA p. 46.

⁵⁶ AKINCI p. 244; ÇAĞA/KENDER,II, p.114.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

receive the goods, the carrier has the direct possession and has direct control of the goods; however, the carrier is subordinate possessor⁵⁷.

Receiving the goods means that the consignor lost his direct control, is indirect possessor, and the goods are in the possession of the carrier or his agents, or master⁵⁸.

Although the goods are not delivered to the custody of the carrier when a received-for-shipment bill of lading or an on-board (shipped) bill of lading is drawn, the holder of the bill of lading may have mere personal right (for example, right to demand compensation due to drawing a incorrect bill of lading ComA. art 1064), thus, the bill of lading does not have real effect⁵⁹. However, if the carrier actually receives the goods, the bill of lading will have real effect, represents the goods⁶⁰, therefore, the holder of the bill of lading can transfer the goods and its possession⁶¹.

2) *The goods must be under the possession of the carrier at the duration of transfer and delivery of the goods:* The carrier must have the subordinate possession of the goods when the bill of lading is transferred and delivered⁶². The real effect of the bill of lading depends on possession⁶³. Subordinate possession may be direct possession (the goods are under the custody of the carrier such as the goods are on vessel or under the custody of the carrier's servants and agents) or indirect possession (the goods are received, loaded in the warehouse on behalf of the carrier by a third party as the order of the carrier)⁶⁴. There will not be any real effect of the bill of lading, if the subordinate possession is lost⁶⁵, unless the possession is re-acquired⁶⁶.

In English law, it may be deemed that the possession of the carrier is also required to acquire a real right by receiving the bill of lading, therefore it was judged; in the Delfini case, property passed after the delivery of the goods and in the Aramis case no property passed at all because goods were lost⁶⁷.

If the owner loses the possession of the goods, he can not transfer the possession⁶⁸; however, he can transfer the right to demand the possession of the goods that is a personal right⁶⁹.

3) *The bill of lading must be delivered:* It should be emphasized that the bill of lading must be delivered by the holder of the right (lawful holder)⁷⁰. Although there is a dispute whether direct or indirect possession must be transferred, transfer of indi-

⁵⁷ ÇAĞA/KENDER,II, p.114.

⁵⁸ AKINCI p. 244; ÇAĞA/KENDER,II, p. 114.

⁵⁹ AKINCI p. 244.

⁶⁰ AIKENS/LORD/BOOLS p. 107.

⁶¹ AKINCI p. 245; ÇAĞA/KENDER,II, p. 114.

⁶² AKINCI p. 248.

⁶³ AKINCI p. 246, 248.

⁶⁴ ÇAĞA/KENDER, II, p. 115.

⁶⁵ KENDER/ÇETİNGİL p. 136.

⁶⁶ ÇAĞA/KENDER,II, p. 115.

⁶⁷ GASKEL/ASARIOTIS/BAATZ p. 120.

⁶⁸ KENDER/ÇETİNGİL p. 136.

⁶⁹ ÇAĞA/KENDER,II, p. 115.

⁷⁰ AKINCI p. 245;KENDER/ÇETİNGİL p. 136; OKAY p. 58.

rect possession is sufficient to acquire a real right⁷¹. Although the delivery of the bill of lading is compulsory, direct possession of the bill of lading should not be required, for example if the bill of lading is deposited to a bank, transfer of indirect possession leads to acquiring the real right on the goods and according to this view if mere one bill of lading is drawn, the holder can first pledge the goods for credit and then sell the goods and transfer the bill of lading⁷².

The possession must be transferred by consent⁷³ of the rightful holder, otherwise, the real effect of the bill of lading will not apply⁷⁴. If the bill of lading endorsed in blank and the bill of lading was received without consent (stolen or without knowledge of him) of the endorser, the unlawful holder of the bill of lading would not acquire a real right⁷⁵.

If the bill of lading is drawn more than one original, mere transfer and delivery of one bill of lading is satisfactory to acquire a real right⁷⁶. However, there is also dispute on pledge. Some authors allege that transfer and deliver of one original bill of lading is valid to acquire a pledge on the goods instead of delivering and transferring full set of original bill of lading⁷⁷. Others allege that to acquire a pledge on the goods all original bills of lading must be delivered and transferred⁷⁸.

Dominant view supporters allege⁷⁹; unless transfer and delivery of an original bill of lading leads transfer of pledge on the goods, the lawful holder of the goods can not firstly pledge and then assign the ownership of the goods. This view based on practical solutions⁸⁰. However, any opinion should be grounded by legal definitions.

Although all originals of bills of lading are delivered and transferred to pledgee, it is possible to acquire a real right on the goods⁸¹:

Pledgee is the direct, however, subordinate possessor of bills of lading. After discharge of the pledge, pledgee is under the obligation to deliver bills of lading to the owner and owner has right to demand bills of lading. Therefore, by transferring the right to demand bills of lading, without transferring any bill of lading, it is possible to assign a real right.

CivA. art. 957 stipulates that assignor may draw a warrant to pledge the goods, and transfer the ownership by transferring and delivering bill(s) of lading, however, in practice, warrant is occasionally drawn and issued⁸².

⁷¹ ÇAĞA/KENDER,II, p. 115. AKINCI disclaims that the bill of lading must be actually delivered (p. 245).

⁷² ÇAĞA/KENDER,II, p. 115.

⁷³ Except that the acquisition may be with unilateral declaration. p. 116 fn. 442.

⁷⁴ ÇAĞA/KENDER,II, p. 116.

⁷⁵ AKINCI p. 265; ÇAĞA/KENDER,II, p. 116.

⁷⁶ AKINCI p. 245; ÇAĞA/KENDER,II, p. 116.

⁷⁷ AKINCI p. 245.

⁷⁸ ÇAĞA/KENDER,II, p. 116.

⁷⁹ AKINCI p. 246.

⁸⁰ ÇAĞA/KENDER,II, p. 116.

⁸¹ ÇAĞA/KENDER,II, p. 117.

⁸² ÇAĞA/KENDER,II, p. 119.

If one of the originals of the bill of lading is lost, transfer and delivery of the rest of originals bill of lading will be satisfactory to pledge⁸³. The aim to give all originals is to prevent the actual and sole possession of the pledgor that is satisfied also when an original bill of lading is lost, by delivering and transferring the rest of original bills of lading, therefore the aim to transfer and delivery is meet⁸⁴.

According to mere relative theory, a notification to direct possessor of the goods is required⁸⁵.

4) Delivery must be to the entitled person to receive the goods as in the bill of lading (ComA. art. 1104): Designation of entitled person depends on which kind of bill of lading issued⁸⁶. If there is a named bill of lading, entitled person is the consignee whose name is written in the bill of lading; in order bill of lading, the one to whom has been assigned and delivered. Entitled person must be formally and essentially lawful holder; the real effect of the bill of lading will not apply, if the holder is formally entitled, however, he has not the essential right to hold the bill of lading⁸⁷ (for example, when an endorsement in blank bill of lading is transferred and delivered from a thief to a bad faith holder)⁸⁸. In addition for the identical application is valid when the holder is essentially rightful holder, however, he can not prove that he is formal holder, therefore, real effect of the bill of lading will also not be applicable⁸⁹.

IV. Legal Consequences of Real Effect of the Bill of Lading⁹⁰

The one who received the bill of lading acquires rights that are acquired as if the goods were actually delivered when the hereinabove four conditions are met⁹¹.

Holder of the bill of lading can acquire a real right, which is transferred by bill of lading, by receiving the goods⁹². In addition, holder of the bill of lading also remains the indirect possession of the goods by delivery of the bill of lading⁹³. ComA. art. 1104 states that, delivery to entitled person to receive the goods at the port of arrival as in the bill of lading leads the consequences in CivA. art. 957.

Legal transactions between the assignor of the bill of lading (consignor or following assignors) and assignee are strictly compliance with bill of lading; therefore, real rights on the goods are acquired by the bill of lading⁹⁴.

⁸³ ÇAĞA/KENDER,II, p.118.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ AKINCI p. 246.

⁸⁶ KENDER/ÇETİNGİL p. 136; ÇAĞA/KENDER,II, p. 119.

⁸⁷ AKINCI p. 265; ÇAĞA/KENDER,II, p. 120.

⁸⁸ ÇAĞA/KENDER,II, p. 120.

⁸⁹ AKINCI p. 265; ÇAĞA/KENDER,II, p. 120.

⁹⁰ Although the personal right, right to demand the goods at the port of arrival, transfers by delivery of the goods, this issue is not related with real effect. Therefore, it is not issued.

⁹¹ KENDER/ÇETİNGİL p. 136; ÇAĞA/KENDER,II, p. 120; YEŞİLOVA p. 45.

⁹² AKINCI p. 252.

⁹³ AKINCI p. 252; YEŞİLOVA p. 45.

⁹⁴ AKINCI p. 252.

For example, if the parties agree to transfer ownership, ownership will be acquired (CivA. art. 980) and if it is agreed to pledge, the goods will be pledged, by transfer and delivery of the bill of lading (CivA. art. 957)⁹⁵.

Under the same conditions to acquire ownership of the goods or pledge on movable goods by receiving the goods in good faith from unlawful holder, is identical when the bill of lading is delivered⁹⁶.

A bona fide endorsee who received a stolen ordered bill of lading that is endorsed in blank can acquire a real right on the goods that are not stolen, however, a bona fide endorsee can not acquire a real right by transfer and delivery of the bill of lading that represents the stolen goods⁹⁷.

To remain the real right on the goods depends on the indirect possession of goods by

the holder of the bill of lading⁹⁸.

All three types of the bill of lading have real effect⁹⁹:

1) Bearer bill of lading:

I. If the consignor is also the owner of the goods and a bearer bill of lading is drawn, then the consignor can transfer the ownership or pledge the goods by just delivering and transferring the bill of lading¹⁰⁰. Even though, consignor may transfer and deliver the bill of lading without the intention of assigning a real right, then only the personal right, demand the delivery of the goods from the carrier, is transferred¹⁰¹.

The third party who acquired the real right from the consignor can also transfer his rights by delivering and transferring the bill of lading¹⁰².

II. Although the consignor has not any real right on the goods or right to dispose, a bona fide holder of the bill of lading can acquire a real right on the goods by receiving the bill of lading (CivA. art. 988) even the bill of lading is stolen or lost or transferred without consent (CivA. art. 990). The acquired right depends on parties intention¹⁰³; if the parties agree to transfer ownership, the ownership is acquired (CivA. art. 980); however, if the parties agree to pledge on the goods, the holder of the bill of lading becomes the pledgee (CivA. art. 957).

If the third party is not acting in a good faith, he can not acquire a right except the conditions in ComA. art. 1105 are meet. The condition of good faith is governed as in CivA¹⁰⁴.

2) Order bill of lading:

When an order bill of lading is drawn there are also diverse situations¹⁰⁵:

⁹⁵ Identical applies in English law. AIKENS/LORD/BOOLS p. 114.

⁹⁶ AKINCI p. 253.

⁹⁷ AKINCI p. 253; ÇAĞA/KENDER,II, p. 122.

⁹⁸ AKINCI p. 253; YEŞİLOVA p. 45.

⁹⁹ AKINCI p. 253.

¹⁰⁰ AKINCI p. 253; ÇAĞA/KENDER,II, p. 122.

¹⁰¹ AKINCI p. 253; ÇAĞA/KENDER,II, p. 122.

¹⁰² AKINCI p. 254.

¹⁰³ AIKENS/LORD/BOOLS p. 107.

¹⁰⁴ AKINCI p. 254; ÇAĞA/KENDER,II, p. 121.

¹⁰⁵ AKINCI p. 255; ÇAĞA/KENDER,II, p. 121-122.

I. If the consignor has the ownership of the goods, when an order bill is drawn, the bill of lading may be to order of consignor or third party and if there is no name inserted in the bill of lading, or just order is inserted in the bill of lading, the bill of lading is order of consignor¹⁰⁶.

If the endorser is the lawful holder of the bill of lading, however not the owner of the goods, when an order bill is drawn, a bona fide holder of the bill of lading can acquire a real right on the goods by endorsement and delivery of the bill of lading (ComA. art. 743/1 and 598/2), except that, there is no content of the owner; for example when the goods are stolen or lost before the delivery of the goods¹⁰⁷.

When an order bill of lading is drawn, a real right, ownership or pledge on the goods, can be transferrable to a third party by endorsement and delivery of the bill of lading¹⁰⁸.

The intentions of the parties designate the acquired right¹⁰⁹. If the parties agreed to transfer ownership, the ownership is acquired (CivA. art. 980), and if the parties agreed to pledge the goods, the holder has right to pledge on the goods (CivA. art. 957).

The endorsee may transfer his acquired right by endorsement and delivery of the bill of lading¹¹⁰.

II. If the assignor of the bill of lading is not the lawful holder of the bill of lading, a bona fide holder of the bill of lading can acquire a real right on the goods by endorsement and delivery of the bill of lading (ComA. art. 743/1 and 598/2), although, there is no content of the owner; for example when the goods are stolen or lost before the delivery¹¹¹.

The intentions of the parties designate the acquired right: If the parties agreed to transfer ownership, the ownership is acquired (CivA. art. 980), and if the parties agreed to pledge the goods, the holder has right to pledge on the goods (CivA. art. 957).

3) Named bill of lading:

A named bill of lading has also real effect. However, there is a dispute on this issue:

If the consignor demands the bill of lading named to a third party, the ownership of the goods will be transferred to that named person and the real effect of the bill of lading applies, however, according to minority view, assignments of this third party or the bill of lading is drawn to name of consignor, real effect of the bill of lading does not apply¹¹². Supporter of this view allege that according to ComA. art. 1104 the real

¹⁰⁶ AKINCI p. 255.

¹⁰⁷ AKINCI p. 254-5; ÇAĞA/KENDER, II, p. 121-122.

¹⁰⁸ BAHTIYAR p. 19; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA p. 45; ÖZTAN p. 45; POROY/TEKİNALP p.72. It is also transferable by assignment of the right and then rule of assignment of right will apply (BAHTIYAR p. 19; ÖZTAN p. 45-46).

¹⁰⁹ AIKENS/LORD/BOOLS p. 114.

¹¹⁰ AKINCI p. 255; BAHTIYAR p. 19; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA p. 45; ÖZTAN p. 45; POROY/TEKİNALP p. 72.

¹¹¹ AKINCI p. 255; ÇAĞA/KENDER, II, p. 122.

¹¹² AKINCI p. 256.

effect of the bill of lading applies when the bill of lading is delivered to entitled person as in the bill of lading and in a named bill of lading; the name of the entitled person to be delivered is not inserted, however, supporter of dominant view allege that in also that situation the bill of lading has real effect, therefore, any link to the bill of lading in the assignment is satisfactory to indicate the entitled person and the real effect of the bill of lading applies¹¹³.

By a named bill of lading, it is impossible to acquire a real right by bona fide from the unlawful holder of the bill of lading(exception ComA. art. 921)¹¹⁴.

V. Separate Holders of Original Bills of Lading

If the bill of lading is drawn more than one original, which is customarily drawn in practice¹¹⁵, all of the original bills of lading represent a right to demand the delivery of the goods and by delivering the goods to entitled person who has one of the bill of lading¹¹⁶, other bills of lading become invalid to receive the goods (ComA. art 1102/2). If the holder of the bill of lading is sole person, there will not be any problem¹¹⁷, however, more the one original bill of lading may be received by separate third parties due to negligence or misfull conduct of the holder who had the all original bills of lading at commencement¹¹⁸. In this case, problems may arise: These problems may be the relations between the holder and the carrier (or master as the agent of the carrier), and the other problems may be the relations between the holder and the other holders of the bill of lading. ComA. stipulates these circumstances in separate articles. First one is stipulated in ComA. art. 1102/2 and 1103 and the second one is in art. 1105 and 1106. These circumstances will be issued depending on one or more holders of bills of lading demand to receive the goods at the port of arrival¹¹⁹.

1) Application by one of the lawful holder of the bill of lading:

I) Relation with the carrier: If one of the lawful holders of the bill of lading may demand to receive the goods at the port of arrival¹²⁰, the master, unless another holder of the bill of lading applies at the same time, can release from the obligation to deliver the goods by delivering the goods to the holder of the bill of lading, although the holder does not have any substantive right except the master acting in misfull conduct or gross negligence¹²¹.

The master or the carrier must deliver the goods to the lawful holder of the bill of lading in accordance with negotiable instrument, even though the master or the

¹¹³ AKINCI p. 257.

¹¹⁴ ÖZTAN p. 43.

¹¹⁵ ÇAĞA/KENDER, II, p. 123.

¹¹⁶ Consignor sends each bill of lading to separate agencies at separate port to sell the goods at best price ZEVKLİLER p. 544.

¹¹⁷ ZEVKLİLER p. 557.

¹¹⁸ ÇAĞA/KENDER, II, p. 123.

¹¹⁹ In practice in most cases order bills of lading are drawn and issued KENDER/ÇETİNGİL p. 138; ÇAĞA/KENDER, II, p. 123, therefore following explanations are mere on this subject.

¹²⁰ If the demand was prior to port of arrival, the holder of the bill of lading must deliver all the original bills of lading as ComA. art. 1108/2 stipulates.

¹²¹ ÇAĞA/KENDER, II, p. 123-4.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

carrier has the knowledge that other original bills of lading are under the possession of another person who has also the privilege right as ComA. art. 1106¹²².

II) Relations with the other holders: Other holders of the bill of lading can not dispute (ComA. art. 1105) the rights acquired by ComA. art. 1104 (the application of real effect of the bill of lading) of the first applicant who received the goods as ComA. art. 1102/2 stipulates. Even though the one who received the goods is aware of the fact that the other holders of bills of lading have priority right, identical solution applies¹²³. This priority rule applies not only against the carrier, but also to the other holders of the bill of lading¹²⁴. This is one of the practical solutions of the law that the delivery has conclusive and absolute consequences¹²⁵. None of the holders of the bill of lading can not claim against the first holder of the goods as ComA. art. 1106 that the other holders have older or prior rights¹²⁶. Holder of the goods does not acquire a right that he has not prior, or rights that are actually or prior to the rights of the holder do not also disappear, however, acquired right by ComA. art. 1104, gives right to plea (priority plea) which prevents the others right to claim^{127,128}. If the acquired right by the other holders of the bill of lading does not conflict with the right acquired by the holder of the goods, for example the holder of the goods has a right to pledge and the other holder of the bill of lading has the ownership, privilege plea does not apply¹²⁹ and both holders acquired rights¹³⁰.

The other holders of the bill of lading can not claim that they have right due to ComA. art.1106 against the formal entitled holder of the bill of lading who received the goods by being first applicant of the goods at the port of arrival, however, they can prove and claim that he had not received the original bill of lading lawfully (for example he was acting in bad faith when he received the bill of lading that received from the thief), than they can claim real rights owned by ComA. art. 1104 and under these circumstances art. ComA.1105 does not apply¹³¹.

ComA. art. 1105 stipulates that the holder of the bill of lading can not sue the holder of the goods, however, he can recourse to his assignor or if the conditions of the torts or unjustified enrichment meet, he can sue the holder of the bill of lading, ComA. art. 1105 does not interfere¹³².

¹²² AKINCI p. 262; ÇAĞA/KENDER,II, p. 124.

¹²³ ÇAĞA/KENDER, II, p. 124.

¹²⁴ AKINCI p. 264; ÇAĞA/KENDER,II, p. 124.

¹²⁵ AKINCI p. 264.

¹²⁶ KARAN p. 160 (Konışmento); ÇAĞA/KENDER, II, p. 124.

¹²⁷ AKINCI p. 265; ÇAĞA/KENDER,II, p. 124. Due to this fact banks require all original bills of lading and insert such clauses in to contract(GASKEL/ASARIOTS/BAATZ p.151; ÇAĞA/KENDER,II, p. 124 fn. 110 ,8th. edition: This information is not inserted in 9th edition).

¹²⁸ This is possible by the acceptance that transfer and delivery of one of the bill of lading is satisfactory to pledge the goods.

¹²⁹ This is also possible by the acceptance that transfer and delivery of one of the bill of lading is satisfactory to pledge the goods.

¹³⁰ AKINCI p. 268; ÇAĞA/KENDER, II, p. 124.

¹³¹ AKINCI p. 265-6; ÇAĞA/KENDER, II, p.125.

¹³² ÇAĞA/KENDER, II, p. 125.

2) Applications of more than one holder of original bills of lading at the same time:

I) Relations between the carrier: When holders of original bills of lading apply to the master to receive the goods at the port of arrival at the same time and goods are not yet delivered to any holder of the bill of lading, the master is not under the obligation to reveal who is the actual and formal holder of rights and this is also not expected from the master¹³³. Under this circumstance the master must reject demands of holders of original bills of lading and he is under the obligation to deposit the goods to a public warehouse or another reliable deposit place, and then notify the holders of bills of lading (ComA. art. 1103/1). The master is entitled to have a formal deed explaining the grounds of his acts (ComA. art. 1103/2).

II) Relations between holders of bills of lading and deposit place: This is an exclusive relation¹³⁴ that original bills of lading are issued¹³⁵ from the same person, is stipulated in ComA. art. 1106¹³⁶. In this situation privilege is on the prior issuing date (ComA. art. 1106). The one who has been issued by the common assignor lawfully and the lawful holder of the bill of lading prior to other holders of original bills of lading has prior right then the other holders and has right to demand the goods to receive from the deposit place and has real right on the goods¹³⁷. Although, holders of original bills of lading or following assignees were acting in good faith (they have no knowledge or not able to know that a prior original bill of lading had been issued) when transfer and delivery of bills of lading from the common assignor, the same rule applies and they can not acquire a conflicting right, therefore acting in a good faith is not under the protection of law in this case¹³⁸. These holders of bills of lading can only sue their assignors, however, if they receive the goods before none of the original bills of lading holder (or holders) applied to the master, goods can not be retaken as a first holder of the goods (ComA. art. 1105).

If one of original bills of lading is transferred and delivered by the holder of the bill of lading and another of original bill of lading is transferred and delivered by the agency of the holder, it will be the same as delivery and transfer from a common endorser¹³⁹.

ComA. art. 1106/2 stipulates, the issuing date for an endorsed bill of lading that is sent to another place, is the sending date of the bill of lading, in contrast to general rule; receiving date.

If original bills of lading are issued by the common endorser or different endorsers at the same day (for example, sent to another place in the same day), or the issuing date can not be detected (endorsement in a blank without date), the holders

¹³³ AKINCI p. 267; ÇAĞA/KENDER, II, p. 125.

¹³⁴ TEKİL p. 255 (Deniz Hukuku).

¹³⁵ For example the consignor or the assignee of the consignor has sold, transferred and assigned each original bills of lading that three original was drawn, to separate people.

¹³⁶ The most application of this rule is : Goods are deposited while more than one holders of bills of lading demand to receive goods at port of arrival (ComA. 1103)

¹³⁷ AKINCI p. 267; ÇAĞA/KENDER, II, p. 125.

¹³⁸ AKINCI p. 267-268; ÇAĞA/KENDER, II, p. 126.

¹³⁹ ÇAĞA/KENDER, II, p. 126.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

will have common rights on real rights and demanding the goods from the deposit place¹⁴⁰.

If the consignor re-holds one of bills of lading issued by him, ComA. art. 1106 will apply, however, if the consignor holds the one of original bills of lading, he can not claim any right against the other holders of bills of lading as a holder of the bill of lading, thus, by delivering and transferring the bill of lading he has not any rights on the goods¹⁴¹.

If the view that transfer and delivery of mere an original bill of lading is satisfactory to pledge the goods is accepted, holders of bills of lading may demand conflicting rights (pledge and ownership) and the solution will be as¹⁴².

If the goods are firstly pledged by one original bill of lading and then the ownership is transferred by another original bill of lading by the common endorser or separate endorsees, or the issuing date of bills of lading are identical or can not be detected, holders will have real rights, therefore, pledge and ownership exist only if pledge is prior¹⁴³. If the ownership is firstly assigned by one original bill of lading and then pledge with another original bill of lading, right to pledge will be invalid, therefore, firstly the ownership is substantially acquired and pledge can not restrict the ownership¹⁴⁴.

VI. Delivery of the Goods without the Submission of the Bill Of Lading

Right to demand the delivery of the goods depends on the bill of lading, however, the carrier is under the obligation to deliver the goods in return of the received declaration¹⁴⁵ except all the original bills of lading are received.

Although goods arrive to port of arrival, the bill of lading may not be delivered due to late arrival or delay on procedures of letter of credit or post¹⁴⁶, therefore, originals might be sent by different ways to maximize the opportunity of at least one arriving safely¹⁴⁷. In these cases, the master is entitled (ComA. art 1057/1 and 1059/2) or under the obligation (ComA. art. 1057/2) to deposit the goods to a public warehouse or another reliable deposit place, and to sell goods if they are perishable (ComA. art 995). In practice, to prevent these options goods are delivered to consignee, if the carrier obtains a letter of indemnity and a warranty of a bank¹⁴⁸. The consignee is under the obligation due to the letter of indemnity to compensate any damages of the carrier, master or agency, caused by the delivery without the bill of lading and the bank guar-

¹⁴⁰ AKINCI p. 267; ÇAĞA/KENDER, II, p. 126; ZEVLİLİLER p. 557.

¹⁴¹ ÇAĞA/KENDER, II, p. 126.

¹⁴² AKINCI p. 268; ÇAĞA/KENDER, II, p. 126.

¹⁴³ AKINCI p. 268; ÇAĞA/KENDER, II, p. 127.

¹⁴⁴ AKINCI p. 268; ÇAĞA/KENDER, II, p. 127.

¹⁴⁵ ComA. art. 1102/2 stipulates, when the goods are delivered to one holder of bill of lading, to prove that right to demand the goods of other holders disappears, the carrier requires this declaration.

ÇAĞA/KENDER, II, p. 127 fn. 500.

¹⁴⁶ BULUT p. 60.

¹⁴⁷ BRODIE p. 23.

¹⁴⁸ BULUT p. 62; ÇAĞA/KENDER, II, p. 128.

antees this obligation to be executed¹⁴⁹. After accepting this recognizance, the carrier is under the obligation to deliver the goods without bill of lading, unless, the carrier compensates the damage caused by undelivered goods or delayed delivery¹⁵⁰.

If the bill of lading is lost, the master can deliver the good only under the nullity judgment of court¹⁵¹. The court can order to delivery prior to final judgment in as ComA. art. 677/1 stipulates.

VII. Right to Dispose of the Consignor on the Goods

After the loading, the consignor has the right to dispose on the goods in the relation with vessel¹⁵². However, this right of the consignor should be restricted after the bill of lading is drawn and that is stipulated in ComA. art. 1108¹⁵³.

If an order bill of lading is drawn, the carrier is under the obligation to deliver the goods at the port of arrival to formal holder of the bill of lading (ComA. art. 1102).

The consignor may also right to demand the goods as the holder of the bill of lading¹⁵⁴; however, if the consignor is not lawful holder at the port of arrival or not entitled to give delivery order to another person, all of bills of lading must be delivered to the master (ComA. art. 1108/1). Demand of the consignor depends on the right to dispute rather than the creditor of the bill of lading¹⁵⁵. Unless bills of lading are returned by the demand of the consignor, the carrier should not deliver the goods¹⁵⁶, otherwise he will be liable¹⁵⁷ and under the obligation (ComA. art. 1061, 1112) against lawful holder of the bill of lading (ComA. art. 1108/3).

BIBLIOGRAPHY

- AIKENS, Richard/LORD, Richard/ BOOLS, Michael, *Bills of Lading*, Informa, London 2006.
- AKINCI, Sami, *Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968.
- BAHTİYAR, Mehmet, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Bası, Beta, İstanbul 2005.
- BAHTİYAR, Mehmet, "Konişmentoda Yüke İlişkin Kayıtlar(s. 61-72)", Makaleler I, Beta Yayınevi, İstanbul 2008(BAHTİYAR, Kızıllar).
- BOYD, Stewart C., BURROWS, Andrew S. and FOXTON, David, *Scrutton on Chaterparties and Bills of Lading*, 20. Edition, Sweet&Maxwell, London 1996.
- BRODIE, Peter, *Commercial Shipping Handbook*, Second Edition, Informa, London 2006.

¹⁴⁹ BRODIE p.23; BULUT p. 71; ÇAĞA/KENDER, II, p. 128.

¹⁵⁰ BULUT p. 62; ÇAĞA/KENDER, II, p. 127.

¹⁵¹ BULUT p. 65; ÇAĞA/KENDER, II, p. 127.

¹⁵² KARAN p. 65. Especially demand to unload and return the goods, or order to deliver the goods to another person ÇAĞA/KENDER,II, p. 3.

¹⁵³ AKINCI p.271; ÇAĞA/KENDER, II, p. 128.

¹⁵⁴ AKINCI p.271; ÇAĞA/KENDER, II, p. 128.

¹⁵⁵ AKINCI p. 272; ÇAĞA/KENDER, II, p. 128.

¹⁵⁶ ÇAĞA/KENDER, II, p. 128.

¹⁵⁷ SCHOENBAUM p. 550.

- BULUT, Özlem, *Konişmentonun Teslimdeki Rolü ve Konişmentosuz Teslimde Taşıyanın Sorumluluğu*, Hukuk Yüksek Lisansı Tezi (Yayınlanmamıştır), İstanbul 2008.
- ÇAĞA, Tahir/ KENDER, Rayegân, *Deniz Ticareti Hukuku, II, Navlun Sözleşmesi*, 9. Baskı, İstanbul 2009.
- DOCKRAY, Martin, *Cases & Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 3. Edition, Cavendish Publisher, London 2004.
- GASKELL, Nicholas/ ASARIOTIS, Regina/ BAATZ, Yvonne, *Bills of Lading: Law and Contracts*, LLP, London 2000.
- ILGIN, Sezer, *Alt Navlun Sözleşmeleri*, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul 1996.
- KARAN, Hakan, “Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki”, BATIDER, C.XX, S.4, s. 153-165, 2000.
- KARAN, Hakan, *Elektronik Konişmento*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004 (KARAN, Konişmento).
- KENDER, Rayegân /ÇETİNGİL, Ergon, *Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler*, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer /KAYA, Arslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Bası, İstanbul 2004.
- OKAY, Sami, *Deniz Ticareti Hukuku, II, Navlun Mukaveleleri*, İstanbul 1968.
- ÖZTAN, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 15. Bası, İstanbul 2001.
- SCHOENBAUM, Thomas J. *Admiralty and Maritime Law*, 4. Edition, West Publisher, 2004.
- TEKİL, Fahiman, *Deniz Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2001 (TEKİL, Deniz Hukuku).
- TEKİL, Fahiman, *Navlun Mukaveleleri*, İstanbul 1973.
- TODD, Paul, *Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits*, 3. Edition, LLP, London 1998 (TODD, Bills of lading).
- TODD, Paul, *Cases and Materials on Bills of Lading*, Oxford 1987.
- TÜRKEL, Doğuş Taylan, “Türk İspat Hukuku Açısından Konişmentonun Navlun Sözleşmesini İspat Fonksiyonu Üzerine Bazı Notlar (s.1102–1113)”, Prof Dr.Ergon A. Çetingil ve Prof.Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti, İstanbul 2007.
- ÜNAN, Samim, “Difficulties Encountered By Banks In Securing Their Interests Though The Bill of Lading as a Document of Title” (s. 13–18), Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:3 Sayı:1–2, 1998 (ÜNAN, Konişmento).
- ÜNAN, Samim, “Yanlış Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan Çekişmelere Dair İki Yargıtay Kararı”, Deniz Hukuku Dergisi “Gündüz Aybay Anısına Armağan”, 1-12, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:5 Sayı: 1-4, 2002.
- YEŞİLOVA, Ecehan, *Konişmentonun İspat Kuvveti*, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.

- ZEVKLİLER Aydın,“, ”Konişmentonun Mahiyeti“, İmran Öktem' e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.

YASAL MAL REJİMİNDE BORCUN MUACCELİYETİ VE İFASI (THE MATURITY AND THE PERFORMANCE OF CO-ASSUMPTION CREDIT)

Araş. Gör. / Res. Assz. Tuğçe TUZCUOĞLU*
Av. / Aal. Serenat BAYTAN**

ÖZET

Çalışmanın konusu katılma alacağının muacceliyeti ve ifasıdır. Bu çalışmada öncelikle katılma alacağı kavramına ve onun hukuki niteliğine değinilecek, daha sonra ise vade, faiz, teminat, icra takibi, zamanaşımı gibi özellikli hususlar üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Katılma alacağı, muacceliyet, ifa, vade, faiz, teminat, icra takibi, zamanaşımı.

ABSTRACT

The subject of this study is the performance and maturity of co-assumption credit. First, the concept of co-assumption credit and its legal qualifications will be examined. Subsequently, the study will focus on key issues such as maturity, interest rate, guarantee, execution proceedings and limitation.

Keywords: Co-assumption credit, maturity, performance, interest rate, guarantee, execution proceedings, limitation.

1. KATILMA ALACAĞININ MUACCELİYETİ VE İFASI

1.1. İFA

Borçlar Kanunu'na baktığımızda "ifa" kavramının tanımının yapılmadığını görmekteyiz. İfa, borç ilişkisi için kullanılan bir kavram olup, borçlanılan edimin yerine getirilmesi olarak ifade edilebilir. Borcun ifası bir hukuki işlemi gerektiriyorsa, borçlunun borca uygun davranışının "ifa" sayılabilmesi için, tarafların hukuki sebebin ifa olduğunda anlaşmalarına ihtiyaç vardır. Hukuki sebep "ifa" değilse, borç sona ermez.¹ Eren, ifanın borcun amacı olduğunu ve ifa ile, borcun amacına ulaşacağı yorumunu yapmıştır.²

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: tugce.tuzcuoglu@yasar.edu.tr

** İstanbul Barosu Avukatı, e-posta: serenatbaytan@yahoo.com

¹ UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Seçkin, Ankara 2003, s. 2944.

² EREN, Fikret., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2008, s.865.

Borçlunun yerine getirmekle, yani ifa etmekle yükümlü olduğu borcun konusu borcun kaynağına göre değişir. Ancak kaynağı ne olursa olsun her borç ilişkisinde ifanın konusu olan edim; verme, yapma veya yapmamaya ilişkin olabilir.³

Katılma alacağının muaccel olduğu (yani edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin sonuçlandığı) an, aynı zamanda MK. 239/III uyarınca temerrüt tarihi olduğundan, bu tarihten itibaren borçlu eşten borçlandığı edimini ifası istenebileceği gibi, temerrüde bağlı sonuçlar da bu tarihten itibaren işlemeye başlar⁴. MK. m. 239/I/c.1 uyarınca, katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ifa edilebilir.

1.2. MUACCELİYET

Muacceliyetin oluşabilmesi için öncelikle ortada geçerli bir borç bulunmalıdır.⁵

Borcun muaccel olması bunun borçlu tarafından derhal yerine getirilmesi yükümlülüğünü ifade etmez. Borçlunun, muaccel bir borcu ifa yükümlülüğü, bunun ancak alacaklı tarafından talep edilmesi, halinde doğar⁶. Yani muacceliyetin gerçekleşmesiyle birlikte alacaklı ödeme talebinde bulunma yetkisini kazanır ve bu durumda borçlu da ödeme yükümlülüğünü yerine getirmek mecburiyetindedir.

“İfanın edime uygun olması prensibi” gereği borçlunun, neyi borçlanmışsa onu ifa etmesi gerekmektedir. Fakat bazen borçlunun alacaklılarla (veya alacaklılardan biriyle) anlaşarak para yerine ödeme anında başka bir şeyi vermek veya yapmak suretiyle aynı borcu ifa etmesi mümkündür.⁷ Gerçekten, alacaklının muvafakatiyle borçlunun borcu asıl edimin yerini tutan başka bir şeyle, örneğin alacak temlikiyle, ifa etmesi asıl ifaya eş sayılır⁸. İfa yerini tutan eda ve tevdi de ifaya ilişkin sonuçlar derhal meydana gelir.⁹

Katılma alacağının muacceliyet anı, tasfiye anıdır. Bu nedenle borçlu eşin bu borcu, derhal ifası gerekmektedir. MK. 239/II ile derhal ifa zorunluluğuna istisna getirilip aşağıda açıklayacağımız üzere katılma alacağı borçlusunu olan eşe ödemenin ertelenmesi imkanı tanınmıştır.

Katılma alacağının muacceliyet anına ilişkin açık bir düzenleme, Medeni Kanun'da bulunmamaktadır. Ancak, katılma alacağının muacceliyet anının, Medeni Kanunumuzun 239. maddesinin 3. fıkrasından hareketle, mal rejiminin tasfiyesinin ta-

³ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.385. (“Borçlar” olarak anılacaktır).

⁴ GÜMÜŞ, age, s. 397.

⁵ BARLAS, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrütü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı, İstanbul 1992, s.23.

⁶ EREN, s.1054.

⁷ ACAR, Faruk, Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara, 2003, s.242. (“Teselsül” olarak anılacaktır).

⁸ AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971, s.171 (“Müteselsil” olarak anılacaktır); TEKİNAY, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 1988, s.236; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, C.II, İstanbul, 1958, s.781.

⁹ CANYÜREK, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, 1.Baskı, 2003, s.71; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, İstanbul, 2000, s. 203 vd.; EREN, age, s.95.

mamlandığı andan itibaren muaccel hale geleceği söylenebilir. İlgili hüküm, aslında, katılma alacağına yürütülecek temerrüd faizinin başlangıç anına ilişkindir. Bu durumda GÜMÜŞ'e göre katılma alacağı iki halde doğar ve muaccel olur. Bunlardan ilki; eşler arasındaki tasfiyenin sonucuna ve katılma alacağının tespit ve ifasına yönelik yazılı şekildeki tasfiye anlaşmasının kurulduğu¹⁰ andır. İkinci olarak ise, hakim tasfiye kararının kesinleştiği an, katılma alacağının doğmasını ve muacceliyetini gerçekleştirir. Fakat doktrinde SARI bu görüşe katılmayıp, katılma alacağının muacceliyeti için tasfiye davası sonucu hakim vereceği kararın kesinleşmesine gerek olmadığı görüşündedir¹¹. Ayrıca, eşler arasında katılma alacağının tasfiyesine yönelik fiili paylaşım da mal rejiminin tasfiyesinin bağlayıcı olarak sona ermesi sonucunu doğurur. (bkz. GÜMÜŞ s. 388 dipnot 583)

Doktrinde, boşlu konumunda olan eşin, muacceliyet sonrasında katılma alacaklısı olan eş tarafından yapılacak ihtarla temerrüde düşürülmesine gerek olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Buna göre İsviçre Hukukunun da savunduğu görüş, eşler¹² aksini kararlaştırmadığı sürece MK 239/III hükmünün mal rejiminin tasfiyesinin sonuçlandığı anı bir belirli vade olarak algıladığını ve boşlu eşin temerrüde düşürülmesi için ayrıca bir temerrüt ihtarına gerek olmadığını savunur. GÜMÜŞ'e göre bu hüküm, hem yargısal tasfiye hem de eşler arası anlaşmaya dayalı tasfiye bakımından hüküm ve sonuç doğurur. Kılıçoğlu ise temerrüdü MK. 239/III'ün açık lafzına rağmen ihtara bağlar. (KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 245). Eşler, mal rejimi sözleşmesinde faiz oranını kararlaştırabilirler.

Mal rejimi sona ererse, mal rejimi devam etmekte iken katılma alacağı için tahsis olunan para ve diğer malvarlığı değerleri, mevcut olup olmamalarına bakılmaksızın ödemede bulunulan eşin edinilmiş malları arasında yer alırlar. Parasal ödemelerde nominal değer esas alınır. Diğer maddi edimler için değerlemede ise MK. m. 235 hükmü göz önünde bulundurulur.

2. KATILMA ALACAĞI KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖDENME ŞEKLİ

2.1. KATILMA ALACAĞI KAVRAMI

Kanun Koyucu, edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye sırasında her iki eş için hesaplanacak artık değer üzerinden yine MK. m. 236 veya 237'ye göre her iki eş için belirlenecek artık değer alacaklarının takası sonucu elde edilecek katılma alacağını¹³, eşlerden birisine (takas edilen artık değer alacaklarından çoğuna sahip olan eşe) "değer" olarak tanımlamakla yetinmiştir. Söz konusu katılma alacağı, eşlerin artık değer

¹⁰ Tasfiye anlaşması boşanma davası sırasında yapılıyorsa anlaşmanın varlığı MK 184/5 uyarınca "kurucu olgu" niteliğindeki hakim onayını gerektirir. (GÜMÜŞ, age, s.388, dipnot.581).

¹¹ SARI, age, s. 247.

¹² Eşlerden birisi diğer eşe, edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken gelecekteki muhtemel katılma alacağına ilişkin parasal ödemede bulunmuş veya sair surette mal devrinde bulunmuşsa, bu ödeme ve devirler bağışlama sayılmaz. (GÜMÜŞ, age, s.389).

¹³ Almanca; "Beteiligungsforderung". Artık değer alacağı ise; Vorschlagsforderungen.

alacaklarının takası ile elde edilecek “değerde” şahsi talep niteliğinde, mal rejimi tasfiyesi sonrası eşlerden biri lehine doğan bağımsız bir alacak hakkıdır¹⁴.

2.2. KATILMA ALACAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Katılma alacağı, boşanma, ölüm, sözleşme gibi nedenlerle doğan bağımsız bir alacak olup, Borçlar Hukuku kurallarına tabi bir alacak hakkıdır. ACAR’a göre; katılma alacağı Borçlar Hukuku’nda düzenlenen “alacak hakkı”ndan başka bir şey değildir. GÜMÜŞ ise “katılma alacağı”nı “soyut değer alacağı” şeklinde nitelemektedir¹⁵. Katılma alacağından doğan alacak, daha da daraltırsak “para alacağı” veya “para borcudur”¹⁶. Bu da, para boçlarının ifasına ilişkin Borçlar Hukuku kurallarının katılma alacağının ifasına da uygulanacağı anlamına gelmektedir.

“Katılma alacağı” diğer para alacakları gibi başkasına devredilebilir ve mirasçılara geçebilir. Bu kuralın bir sonucu olarak, katılma alacağının BK. m. 162 vd. hükümlerine göre, başkasına temlik edilmesine de yasal bir engel yoktur¹⁷. Bu nedenle alacağın temlik yoluyla 3. şahıslara bile devredilmesi mümkündür. Ancak; konu hakkında özel bir düzenleme içeren MK’un 239. maddesinin, öncelikle uygulanması gerekmektedir.

Katılma alacağı, boşanmada fer’i nitelikte olan bir alacak değildir. Bunun sonucu olarak, anlaşmalı boşanma halinde katılma alacağı “boşanmanın mali sonucu” ile ilgili olmadığından BK. m. 166/3¹⁸ hükmü, katılma alacağında “anlaşma” koşulunu gerektirmez¹⁹. Boşanmanın fer’i niteliğinde olan alacakların talebi amacıyla açılan davalar harca tabi değildir. Bu davalara yoksulluk nafakası için açılan davalar ile maddi ve manevi tazminat davaları örnek olarak verilebilirler.

2.3. KATILMA ALACAĞININ ÖDENMESİ

Bir para borcu olan katılma alacağı borcunun ifasında, Borçlar Kanunu “Genel Hükümler”e nazaran bir özel düzenleme olan MK. m. 239 hükmü öncelikle uygulanır. İlgili madde;

*“VI. Katılma alacağının ve değer artış payının ödenmesi
Ödeme ve ertelenmesi*

¹⁴ GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, 1.Bası, İstanbul, Ocak, 2008, s. 377.

¹⁵ GÜMÜŞ eserinde, İsviçre Hukuku’nda katılma alacağının kural olarak bir para alacağı olduğunu belirtmekle birlikte, Türk Hukuku’nda katılma alacağının ifasının tam anlamıyla bir “soyut değer borcu” şeklinde düzenlendiğini belirtmektedir.

¹⁶ ACAR, Faruk, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 2003, s.157.

¹⁷ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2.Baskı, Ankara, 2002, s. 251.

¹⁸ MK. m. 166/III; “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz” hükmünü haizdir.

¹⁹ Bkz. KILIÇOĞLU, age, s.239.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

MADDE 239.- Katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir. Aynı ödemede malların sürüm değeri esas alınır; bir mesleğin icrasına ayrılış birimler ile işletmelerin ekonomik bütünlüğü gözetilir.

Katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir.

Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür; durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebilir”.

hükmünü haizdir.

Mehaz kanun²⁰ sadece nakdi ödemeyi öngörmekte iken, Medeni Kanun'daki ilgili madde, katılma alacağı ve değer artış payının aynı veya nakdi olarak ödenebileceğini belirtmektedir. Maddenin İsviçre aslı olan ZGB. m. 218 ile MK. m. 239'un Hükümet Tasarısı'nda katılma alacağının ayın olarak ödenebileceğine ilişkin hüküm mevcut olmadığı halde TBMM Adalet Komisyonundaki tartışmalar sırasında hükme katılma alacağının aynen ödenmesini de mümkün kılan bir ekleme yapılmıştır. **KILIÇOĞLU**'na göre bu hüküm, Borçlar Hukuku'ndaki borçlunun borcunu ifasına ilişkin genel kurallara yabancı olan bir hükümdür. Burada, bir tür ifa yerini tutan edim (datio in solutum) söz konusudur²¹. **KILIÇOĞLU** ve **AKINTÜRK**; maddenin birinci fıkrasını; “katılma alacağı”nın kural olarak para ile ödenmesi gerektiği şeklinde yorumlamakta ve borçlu eşin kendi isteğine bağlı olarak, nakdi ödeme yerine aynı ödeme yapabileceğini, aynı ödemenin Borçlar Hukuku'ndaki “ifa yerini tutan edim”²² olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedirler²³. Bir başka deyişle; alacaklı olan eş, borçlu eş katılma alacağını aynı olarak ödemesi için zorlayamaz. Edinilmiş mallara katılma rejimine hâkim olan ilkelerden biri katılma rejiminde eşlere tanınan hakkın, aynı değil şahsi bir hak olduğudur. MK. m. 239'a eklenen bu hüküm bu ilkeye bir istisna getirmemiştir. Madde, alacaklı eşe, borçludan nakit yerine ayın (mal, pay) talep edebilme hakkını değil, sadece borçlu eşe ödeme kolaylığı getirmiştir²⁴.

GÜMÜŞ'e göre, kanun koyucu nakdi ödemeyi esas almış olup, ayın olarak ödeme bir “ifa yerine edim” niteliğini taşır. Bu çerçevede alacaklı eşin, borçlusundan nakit yerine ayın verilmesini talep etme hakkı yoktur. Burada esas olan “katılma alacağı”nın nakdi ödenmesidir. Aynı ödeme ise ancak, nakdi ödemenin borçlu eşin ekonomik varlığının devamını esaslı suretle sarsması veya azalmasına yol açması halinde mümkündür. Bu haller dışında kalan aynı ödemeler, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir.

Bu noktada bir tadil sözleşmesi niteliğindeki “ifa yerine edim”den bahsedilemez. Bu nedenle eşlerden birisinin katılma alacağını belirli eşyalarla ifa etmek istedi-

²⁰ ZGB, m.218.

²¹ **KILIÇOĞLU**, age, s. 239.

²² İfa yerini tutan edim; borcun sona ermesini sağlarken, ifa uğruna edim, borcun sona ermesini sağlamaz. Verilen edim asıl borca ne oranda yetmiş veya alacaklı bununla ne oranda alacağını karşılamış ise, o oranda borç sona erer. İfa uğruna edim belli ölçüde alacaklıya teminat sağlar. (bkz. **SEROZAN**, İfa Engelleri s. 72, no. 22/23)

²³ **KILIÇOĞLU**, age, s. 60; **AKINTÜRK**, age, s.165.

²⁴ **KILIÇOĞLU**, age, s. 240.

ğinde bir “ifa yerine edim”in varlığından bahsedilmesi için, bu konudaki anlaşmanın açık olması gerekir.

Aksi taktirde, borçlu eşin ayınla ifası, “ifa uğruna edim”e benzer bir sonuç doğurur²⁵. Yazar bu görüşünü bir örnek ile daha açık hale getirmeye çalışmıştır. Buna göre, örneğin 1000 YTL’lik katılma alacağı için borçlu eş, alacaklı eşe toplam değeri 700 YTL olan üç parça mobilya vermişse, alacaklı 300 YTL’lik eşya veya parayı da borçludan isteyebilecektir. Borçlu eş, bir “ifa yerine edim”in varlığını ve bu nedenle 700 YTL’lik ayının verilmesiyle katılma alacağı borcundan kurtulduğunu iddia ediyorsa, bunu ayrıca ispatlaması gerekir.

ACABEY de, kanunun boçlu eşe, diğer eşin katılma alacağını ve değer artış payını ayın veya para olarak ödeyebilme yetkisi verdiği ve borçlu eşe tanınan bu yetkinin, seçimlik bir yetki olduğu görüşünü savunmaktadır. Böylece, borçlu eş, ayın veya para ile ödeme yaptığında borcundan kurtulabilecektir. Alacaklının ise yapılan ödemeye itiraz etme, ödemeyi kabul etmeme veya borçlu eş başka türlü ödeme yapmaya zorlama hakkı yoktur. Ayrıca, alacaklı eşin, aile konutu ve ev eşyası ile paylı mülkiyete konu olan mallar dışında katılma alacağının ayın olarak ifasını isteme yetkisi de bulunmamaktadır. Ancak, kanun koyucunun bu hükümle borçlu eşe seçimlik yetki tanıdığını kabul eden *ACABEY*, alacaklı eşe itiraz hakkı tanınmamış olmasını eleştirmektedir²⁶.

*ACABEY gibi ACAR*²⁷ da; katılma alacağının ne şekilde ödeneceği konusunda *KILIÇOĞLU* ve *AKINTÜRK*’e katılmakta ve kuralın nakdi ödeme olduğunu yasanın ise borçlu eşe “seçimlik yetki” imkanı tanıdığını söylemektedir²⁸. *ACAR*’ın, yasanın getirdiği aynı ödeme imkanının “seçimlik yetki” olarak nitelendirmesinin sebebi; burada ifa yerine edim için gerekli olan; sonradan tarafların karşılıklı anlaşması şartının bulunmaması, bu imkanın yasadan kaynaklanmasıdır. Seçimlik yetki, sözleşmenin kurulması (baştan beri) borçluya tanınmaktadır. Bu yön, yasal mal rejiminde yasa tarafından, evliliğin başından itibaren verilmiştir²⁹. Bütün bunların sonucunda, malları elinde zamanla eskimiş olan ve onları sattığında muhtemelen istediği bedeli alamayacak olan borçlu eş, ödeme kolaylığına kavuşmuş olur³⁰. Sonuç olarak *ACAR*, aynı ifayı imkansızlaştıracak bir yorumun sakıncalar doğuracağını ve aynı ifanın MK. m.2 çerçevesinde bir sınır getirilmek suretiyle hakimnin kontrolünde uygulanabileceğini düşünmektedir.

GÜMÜŞ, burada bir “seçimlik borca” ilişkin bir “seçim hakkı”nın söz konusu olmadığını, borçlu eşe tanınan bir seçimlik yetkiden de bahsedilemeyeceğini ileri sürerek, “seçimlik yetki” görüşünü eleştirmektedir. *GÜMÜŞ*’ün “seçimlik yetki” nin varlığını kabul etmemesinin nedeni, ortada borçlanılan iki farklı edimin değil, tek bir değer söz konusu olması kanun koyucunun ayın ile ifayı yedek edim olarak belirlemeyip, gerek nakdi gerekse ayın ile ifaya eşit değer atfetmiş olması ve bir edim olarak ayın

²⁵ *GÜMÜŞ*, age, s. 394, dipnot. 592.

²⁶ *ACABEY*, evlilik birliğinde yasal mal rejimi kitabına ek, İzmir, 2004, s.12.

²⁷ Aynı görüş için bkz. *SARI*, age, s.245.

²⁸ Bkz. *ACAR*, age, s.158.

²⁹ *ACAR*, age, 158, *SEROZAN*, age, s.68/71.

³⁰ *ACAR*, age, s.158, dipnot. 537.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ediminin para edimine nazaran gerekli olan belirlilik ve belirlenebilirlikten yoksun olmasındır.

GÜMÜŞ'e göre, mevcut düzenlemenin beraberinde getirdiği bir diğer tehlike ise, paylı mülkiyet veya miras şirketi gibi, bir hukuksal ilişki ve ortaklığın sona erdirilmesinde bir aynı paylaşım söz konusu olduğunda kural, tarafların anlaşmasına dayalı paylaşım veya tarafların anlaşamadıkları hallerde hakim kararına dayalı paylaşım olduğu halde, sistemden sapıcı bu düzenleme ile eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine bağlı olarak kurulan bir çeşit tasfiye ortaklığının sona erdirilmesinde, katılma alacağı borçlusu eşe alacaklı eşin iradesini göz önüne almaksızın borcunu bizzat kendisinin belirleyeceği maddi edimlerle (para veya ayınlarla) ifa etme olanağı tanınmasıdır³¹.

Doktrinde, katılma alacağının, borçlu eş tarafından aynı olarak ödenmesinin, MK. m.2 doğrultusunda sınırlandırılması gerektiği hususunda görüş birliği mevcuttur. Öyle ki, kullanamayacağı veya kolaylıkla paraya çeviremeyeceği veya muhafazasının ağır bir külfet oluşturacağı, bir aynı katılma alacağı olarak alacaklı eşe ödenmesi, ihtiyacı karşılamayıp amaca yönelik olmadığından, iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder. Örneğin, alacaklı eş ev kadını ise, borçlu eşin katılma alacağını kendi meslek kitaplarını vermek suretiyle ifada bulunması, bu anlamda bir hakkın kötüye kullanımını teşkil eder. Hakimin, katılma alacağını aynı olarak ödemeyi seçen borçlu eşin, aynı ödeme kapsamında vereceği nesnenin alacaklı eşin işine yarayıp yaramayacağını veya kolayca paraya dönüştürüp dönüştüremeyeceğini dikkate alması, aksi hallerde müdahale etmesi gerekmektedir.

Aynı ifada, malların rayiç bedeli (sürüm değeri) esas alınacaktır. Ancak *GÜMÜŞ*'e göre, MK. m. 233³² hükmü burada da kıyasen uygulanmalıdır. Sürüm değeri denildiğinde, kural olarak, malların ifa anındaki değerinin esas alınacağı anlaşılmaktadır. Ancak *GÜMÜŞ*'e göre, BK. M. 83/III'e kıyasen, katılma alacağı borçlusu eşin veya mirasçılarının ifada temerrüde düşmesi halinde, alacaklı eş ve mirasçılar malların muacceliyet veya fiili ödeme günündeki sürüm değeri üzerinden değer belirlenmesini isteyebilmelidir³³. *SARI*³⁴, rayiç bedel olarak ifanın gerçekleştiği andaki değer esas alınması gerektiği görüşünde iken, *ZEYTİN*³⁵ katılma alacağının muaccel olduğu anın esas alınması gerektiği görüşündedir.

Katılma alacağının aynı olarak ödenmesinde, şayet aynı ayıplı veya bir başkasına aitse, "ifa yerine edim"e ilişkin kurallar uygulanacaktır. Burada satıma ilişkin kuralların uygulanabileceğinin altı çizilmelidir. Ancak aynı ödeme imkanı bir anlaşmaya

³¹ Bkz. *GÜMÜŞ*, age, s. 395.

³² MK. m. 233; "Bir eşin malik olarak bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olduğu bir tarımsal işletme için değer artışından alacağı pay ve katılma alacağı, bunların gelir değeri göz önünde tutularak hesaplanır. Tarımsal işletmenin maliki veya mirasçuları, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artışı payının veya katılma alacağının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını isteyebilir. Değerlendirmeye ve işletmenin kazancından mirasçılara pay ödenmesine ilişkin miras hukuku hükümleri kıyas yoluyla uygulanır" hükmünü haizdir.

³³ *GÜMÜŞ*, age, s. 395.

³⁴ *SARI*, age, s. 246.

³⁵ *ZEYTİN*, age, s.226.

dayanmayıp, bu imkan yasa tarafından borçlu eşe tanındığından, alacaklı eşin ayıp veya zaptan dolaylı dönme imkanı olamayacaktır.

2.3.1.ÖDEMELERDE MESLEK İCRASI İÇİN AYRILMIŞ BİRİMLERİN VE İŞLETMELERİN EKONOMİK BÜTÜNLÜĞÜNÜN GÖZETİLMESİ

Adalet Komisyonundaki tartışmalar sırasında, MK. m. 239/I'e bu maddenin aslı olan İMK. m. 218'de ve Hükümet tasarısında yer almayan "...Aynı ödemede malların sürüm değeri esas alınır; *bir mesleğin icrasını ayrılmış birimler ile işletmelerin ekonomik bütünlüğü gözetilir.*" cümlesi eklenmiştir. Buna göre, borçlu eş, borcunu ayın olarak ifa ederken, bir mesleğin icrası için tahsis olunan malları veya bir işletmesel (ekonomik) bütünlük oluşturan malları ayırarak ifade bulunamaz³⁶. Bu eklemenin yapılmasını isteyenler, katılma rejiminin tasfiyesinde edinilmiş malların eşler arasında aynen paylaşılacağı ve iş yerinin veya işletmelerdeki araç-gereçlerin yarı yarıya paylaşılacağı zannına kapılmışlardır. *KILIÇOĞLU*'na göre, katılma rejimi yanlış algılanarak 239. maddenin birinci fıkrasına yapılan eklemenin hiçbir anlamı ve mantığı olmayıp maddeye eklenen bu hüküm, katılma rejiminin ana ilkeleriyle bağdaşmayan ve açıklanması mümkün olmayan bir hüküm niteliğindedir; zira katılma rejiminde tasfiyede eşlerin malları paylaşması söz konusu değildir ve katılma alacağını nakden ödeyen eş mülkiyetinde bulunan mesleğini icra ettiği birimlerin, unsurların ya da işletmenin sahibi olmaya devam eder. Diğer yandan, *GÜMÜŞ*'e göre ise, hükme yapılan ek; alacaklı eş ve dolaylı olarak da borçlu eş yararına getirilen bir düzenleme niteliğinde olup, ayın olarak kullanılan mallardan yararlanılabilirliğin korunmasını amaçlamaktadır³⁷.

3. KATILMA ALACAĞININ ALACAKLISI VE BORÇLUSU

3.1. KATILMA ALACAĞININ ALACAKLISI

Katılma alacağının alacaklısı eştir. Fakat ölen eşin mirasçıları, ölüm nedeniyle tasfiye halinde, alacaklı sıfatına sahip olurlar. Bir başka deyişle, katılma alacaklısı, takas sonucu lehine katılma alacağı doğan eş veya mirasçılardır. (Katılma alacağına sahip olan eşin ölmesi durumunda, o eşin mirasçıları katılma alacaklısı haline gelirler). *GÜMÜŞ*'e göre, tasfiye sonrasında her zaman için tek bir katılma alacağı doğar. Böylece tek bir eş alacaklı, tek bir eş borçlu sıfatını haiz olur³⁸. Ancak *ACAR*, *AKINTÜRK*, *ÖZÜĞÜR* ve *SARI* her bir eş için katılma alacağı doğacağını ve söz konusu katılma alacaklarının kanun gereği takasa sokulacağını savunmaktadırlar.

Ölen eşin mirasçısı olarak alacaklı konumunda bulunan sağ kalan eş, mal rejiminin tasfiyesinde pay sahibi olmakla, ölen eşin katılma alacağının borçlusu sıfatını da taşımaktadır. Bu halde, sağ kalan eşin katılma alacağına ilişkin borçlu sıfatı ile mirasçı olması sebebiyle elde ettiği alacaklı sıfatı birleşmektedir. Bu birleşme, BK. 116 gereğince, az olan oranda borcun sona ermesini düşündürebilir. Sağ kalan eş, ancak miras şirketinin sona ermesinden sonra bireysel olarak alacaklı sıfatını kazanır, öncesinde ise MK. m. 640/II uyarınca, bütün mirasçılarla birlikte elbirliği halinde alacaklı konu-

³⁶ *GÜMÜŞ*, age, s. 394.

³⁷ *GÜMÜŞ*, age, s. 395.

³⁸ *GÜMÜŞ*, age, s. 380.

mundadır. Bu nedenle, sağ kalan eşin alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, ancak miras şirketinin sona ermesinden sonra mümkün olabilir.

3.2. KATILMA ALACAĞININ BORÇLUSU

Katılma alacağının alacaklısı gibi borçlusu da, mal rejiminin boşanma, evliliğin iptali ya da sözleşme ile sona ermesi hallerinde, kural olarak eş olur. Ancak aşağıda belirttiğimiz hallerde, katılma alacağının borçluları; ölen eşin mirasçıları olacaktır. Bu hallerden ilki; sağ kalan eşin katılma alacağı sahibi olmasına bağlı olarak, mal rejiminin, ölüm ile sona ermesi halidir. Ölen eşin mirasçılarının borçlu sıfatını taşıdıkları bir diğer hal ise, mal rejiminin boşanma veya sözleşme ile sona ermesinin ve her iki eşin katılma alacaklarının belirlenmesinin akabinde, eşlerden birinin ölmesi durumudur³⁹.

Katılma alacağının borçlularının ölen eşin mirasçıları olduğu hallerde, net terekenin bulunması için, öncelikle tasfiyede sağ kalan eşin katılma alacağının çıkarılması gerekmektedir; zira katılma alacağı farazi terekenin tespitine yönelik işlemlerden “çıkarılacak değerler” grubuna dahil edilen “miras bırakanın borçları” arasında kabul edilmektedir. Sağ kalan eş, katılma alacağının alacaklısı durumunda olmasına rağmen, miras bırakanın borçlarından dolayı, diğer mirasçılarla birlikte mirasçı sıfatıyla müteselsilen sorumlu durumdadır⁴⁰. Dolayısıyla sağ kalan eş, hem katılma alacağı yönünden alacaklı, hem de mirasçı sıfatıyla miras bırakanın borçlarından dolayı borçlu konumdadır⁴¹. Müteselsil borçluluğun, en önemli işlevi alacaklıya tahsil güvencesi (teminat) sağlamadır⁴². Alacaklı ve borçlu sıfatlarının sağ kalan eşte bu şekilde birleşmesi, teselsülde dış ilişkiyi ortadan kaldırdığından, “teminat sağlama işlevini” gerektirecek bir durumun kalmadığı, ve böylece teselsülün en temel dayanağının ortadan kalktığını göstermektedir. Ancak böyle bir kanundan doğan teselsül durumunda, yine kanuna göre belirlenecek iç ilişki varlığını korur⁴³. Bu nedenle doktrinadaki hakim görüşe göre, tereke borcunun alacaklısı da mirasçı ise, teselsülü öngören MK m. 641 hükmü uygulanmayacaktır⁴⁴. Nitekim ACAR’da; sağ kalan eş, hem alacaklı hem de mirasçılarla birlikte müteselsilen borçlu konumda olduğundan, sağ kalan eşin diğer mirasçılardan katılma alacağının tamamını isteyemeyeceği, terekenin tasfiyesi dahilinde, diğer mirasçılar ile birlikte, iç ilişkideki sorumluluk payına katlanacağı, geri

³⁹ Örneğin A ile B evli olup, aralarında yasal mal rejimi olan katılma rejimi geçerlidir. Bu evlilik, on yıl sürmüştür, eşler boşanmıştır. Boşanma kararı kesinleşmiş, B, A aleyhine on milyar TL’lik katılma alacağı davası açmıştır. Dava ya da verilen kararlar ilgili icra takibi devam ederken, A ölmüştür. Bu durumda, B, A’nın mirasçılarından bu katılma alacağının ödenmesini talep edebilecektir. (Bu ihtimale örnek için bkz. KILIÇOĞLU, age, s. 249).

⁴⁰ Tereke borçlarından dolayı, mirasçılar elbirliği halinde sorumlu olsalar idi, eş, borcun tamamından bütün mirasçılar ile birlikte elbirliği halinde sorumlu olacağından, borç ancak birlikte ifa edilebilecek ve bireysel alacaklılık gerçekleşemediğinden, alacaklı ve borçlu sıfatlarının eşte birleşmesi de söz konusu olamayacaktı. (ACAR, age, s. 163).

⁴¹ ACAR, s. 161.

⁴² AKINTÜRK, age, s.121.

⁴³ Burada her bir mirasçının borçtan, gerçekte sorumlu olduğu miktar, kanun tarafından öngörülen miras payı kadardır. Eşin yasal miras payı, birinci zümre ile ¼, 2. zümre ile ½, 3. zümre ile ¾, hiç kimse kalmamış ise tamamıdır. (ACAR, age, s.163)

⁴⁴ İMRE/ERMAN s.435, DURAL/ÖZ, age, s.444.

kalan kısmı diğer mirasçılara onların miras payları oranında yansıtacağı görüşünde olup, doktrindeki hakim görüşün haklılığını vurgulamaktadır⁴⁵.

Mirasın reddi hali, sağ kalan eşin katılma alacağının alacaklısı ya da borçlusu olmasına göre farklılık arz etmektedir. Sağ kalan eş katılma alacağı borçlusu durumunda ise, miras şirketinin ortağı olmayacak ve katılma alacağı terekede aktif değerlere eklenerek bir tereke alacağı olarak mirasçılar tarafından talep ve takip edilecektir. Sağ kalan eşin, aniden karşılaştığı nakit ödemeyi yerine getirmesi durumunun, onu ciddi surette güçlüğe iteceği düşüncesiyle hareket eden kanun koyucu, MK. m 239/I hükmüyle sağ kalan eşe mirasçılardan vade talep etme imkanını tanımıştır. Mirası red dolayısıyla, katılma alacağının alacaklısı konumunda olan sağ kalan eş için, müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu durumda sağ kalan eş, üçüncü şahıs gibi hareket ederek, katılma alacağının ifası için terekeye başvuracaktır. Mirasçılar, karşılıksız kazandıkları bir tereke ile karşı karşıya olduklarından MK. m. 209/I'de borçlu eş yararına öngörülen vade talebinden yararlanamayacaklardır. Mirasçılara katılma alacağının ifası için vade talep edebilme imkanının tanınması, katılma alacağı ile üçüncü kişilerin diğer alacakları arasında yersiz bir fark yaratacaktır. Kaldı ki; mirasçıların mirasın reddi talep edebilme imkanı her zaman mahfuzdur⁴⁶.

Ayrıca; MK. m. 229 uyarınca; eklenecek değerleri elde eden 3. şahısların da borçlu olması ihtimal dahilindedir. Şayet eş; katılma alacağını ölen eşin terekesinde alamaz ise, eklenecek değer olarak belirtilen kazandırmaları elde eden 3. şahıslardan (elde edemediği) katılma alacağı miktarını talep edebilecektir (mal rejimine özgü tenkis MK. m.241/I)⁴⁷.

Katılma rejiminde, üçüncü kişilerin katılma alacağından sorumlu olabilmeleri istisnai bir durum olup, bunun için MK. m. 241/1 hükmünde belirtilen üç şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, katılma alacağının borçlu olan eş ölmüşse terekесinden, sağ ise malvarlığından karşılanamamasıdır. İkincisi, üçüncü kişinin borçlu eş tarafından hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmalar elde etmiş olmasıdır. Üçüncü kişiye yapılan tasarruf mutlaka karşılıksız (ivazsız) bir tasarruf olmalıdır. Buraya, en yaygın karşılıksız tasarruf türü olarak, bağışlamalar girer⁴⁸. Yoksa yapılan her tasarruf ve temlik üçüncü kişiyi katılma alacağı borçlusu yapmaz. Üçüncü kişinin katılma alacağının borçlusu olabilmesi için son olarak katılma alacaklısı olan eşin, bu alacağının borçlu eş ya da bunun ölümü halinde mirasçuları tarafından ödenmemiş olması gerekmektedir. Bu şartlar mevcut ise, yasa, üçüncü kişilerin sorumluluklarını, alacaklı eşin açık kalan alacak miktarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir⁴⁹.

MK. m. 241/2'de üçüncü kişilerin katılma alacağından sorumluluklarına ilişkin olarak süre yönünden özel bir düzenleme getirilerek bir ve beş yıllık süreler öngörülmüştür. Bu sürelerin hukuki niteliği mehaz kanuna uygun olarak "hak düşürücü süre"dir. Her ne kadar bu sürenin niteliği taslak çalışmalarında ve hükümet tasarısında zamanaşımı süresi olarak kabul edilmişse de Adalet Komisyonu'nda bu hatalı nitelendirme isabetli olarak düzeltilmiş ve bu suretle mehaz kanunla paralellik sağlanmıştır.

⁴⁵ ACAR, age, s.162.

⁴⁶ Bkz. ACAR, age, s. 164.

⁴⁷ ACAR, age, s. 164.

⁴⁸ KILIÇOĞLU, age, s.249.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, age, s. 250.

Bu süreler başlangıç tarihleri bakımından farklılık arz etmektedirler. Şöyle ki, bir yıllık süre, hak sahiplerinin üçüncü kişiye yapılan kazandırmayı öğrendikleri tarihten başlarken beş yıllık süre katılma rejiminin sona erme tarihinde başlamaktadır. Eksik kalan katılma alacağından dolayı üçüncü kişilere karşı açılacak davalarda katılma rejiminin sona erme tarihinde başlayan uzun hak düşürücü sürenin beş yıl olarak belirlenmesi *KILIÇOĞLU* tarafından eleştirilmektedir. Yeni Medeni Kanun'un taslak çalışmalarında tenkis davalarına ilişkin eski kanunun 513. maddesindeki beş yıllık sürenin aynen korunacağı kabul edilmiş, ancak daha sonra bu maddeye karşılık gelen yeni kanunun 571. maddesindeki beş yıllık süre mehz kanuna paralel olarak on yıla çıkarılmıştır. *KILIÇOĞLU*, tenkis davalarıyla paralelliğin sağlanması açısından mehz kanunda olduğu gibi MK m. 241'de de on yıllık hak düşürücü süre öngörülmesi gerekirken sonradan bu hatanın düzeltilmemesini ve mehz kanunla fark yaratılmasını anlaşılabilir bulmaktadır.

4. KATILMA ALACAĞI BORCUNUN ÖDENMESİNİN ERTELENMESİ (VADE)

"Katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir".

şeklindeki MK. m. 239/II hükmü ile Borçlar Hukuku'ndaki muaccel hale gelmiş bir borcun ifası gerektiği, alacaklının borçluya vade tanıma zorunda olmaması kuralının bir istisnası; diğer bir deyişle, ifa zamanında yasadan kaynaklanan erteleme söz konusudur⁵⁰. Yasa koyucu, katılma alacağı borçlusu eşin bir anda borç ödemek zorunda kalmasının onu sıkıntıya sokacağını düşünmüş ve MK. 239/II ile katılma alacağı borçlusu eşe ödemelerin ertelenmesini talep imkanı, bir başka deyişle "vade" tanımıştır.

Hükme göre; borçlu eşin derhal ödeme yapması, kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, talebi üzerine, hakim tarafından ödemenin ertelenmesi söz konusu olur. Ödemenin ertelenmesini hakinden talep etme imkanı, sadece borçlu eşe tanınmıştır⁵¹. Ölen borçlu eşin mirasçılarının, bu ertelemeyi talep yetkileri yoktur⁵². Bir başka deyişle, ödemeyi erteleme imkanı, eşlerden birinin ölümü üzerine diğer eş lehine doğan katılma alacağı için söz konusu olamayacaktır. Borçlu eş, ertelemeyi alacaklı olan eşten veya mirasçılardan talep eder.

MK. m. 239/II, hükmü sadece katılma alacağı ve (bağımsızca talep edilebilen) değer artış payı alacağına münhasır bir borç erteleme hükmü olup, emredici niteliktedir. MK. m. 239/II'ye göre ertelemeye yetkili olan kişi, borçlu eştir. (Tasfiye sona ermeden MK. m. 239/II'den feragat mümkün olmaz). Borçlu eşin, MK. m. 239/II uyarınca, erteleme talebinde bulunması, şekli olarak gereklidir. Tasfiye davasına bakan

⁵⁰ *KILIÇOĞLU*, age, s.245.

⁵¹ *ACAR*, age, s. 160, dipnot. 544.

⁵² *GÜMÜŞ; DURAL/ÖĞÜZ* ile yazdığı ortak kitabındaki aksi yöndeki görüşten isabetsiz olduğu gerekçesi ile dönmüştür. Ayrıca, aynı görüş için bkz. *ZEYTİN*, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.228; *SARI*, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007, s. 249.

hakim, herhangi bir talep olmadan katılma alacağının tamamı veya bir kısmı için süreye bağlı erteleme kararını re'sen veremez⁵³.

Hükmün lafzından anlaşılın, erteleme maddi şartının , katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesinin, borçlu için ciddi güçlükler doğurmuş olmasıdır. GÜMÜŞ, buradaki mevcut zorlukların “ekonomik zorluklar” olması gerektiğini savunmaktadır⁵⁴. Ancak, bu husus ciddi değerlendirilmeli ve erteleme talebinin kabulünde daha seçici davranılmalıdır.

Eğer, derhal ifa, borçlu eş için hissedilebilir zararlar doğuracak ise, alacaklı eşin borçlu eşle uygun bir süre için “erteleme sözleşmesi” yapması gerekmektedir⁵⁵. GÜMÜŞ'e göre, bu anlamda 239/II'nin öngördüğü maddi şartların gerçekleşmesiyle alacaklı eş için tadil (değiştirme) sözleşmesinin bir türü ve yine bir tasarruf sözleşmesi niteliğindeki erteleme (tecil) sözleşmesini akdetme borcu yasa gereği doğar. Eğer alacaklı eş, bu yükümlülüğü yerine getirmese, borçlu eş erteleme sözleşmesini, hakim vereceği yenilik doğurucu karar ile kurdurabilir. Ayrıca borç erteleme için söz konusu ciddi güçlüklerin, ifa erteleme ile ortadan kalkması veya hafiflemesinin olanaklı olması gerekir. Eş için kronikleşmiş bir ödeme güçlüğü söz konusu olmuş ise, artık borç erteleme talebinin reddi haklı hale gelir. Hakim tarafından ödemenin ertelenmesi kararının verileceği hallerde; katılma alacağını ifa edebilmesi için, eşin işletmesini elinden çıkarması veya mesleği için makineleri satması, bu nedenle iş yapamaz hale gelmesi veya mesleğini bırakmak zorunda kalması, örnek olarak verilebilir⁵⁶.

Erteleme, uygun sürede yapılır. Eşler erteleme süresinde anlaşamazlarsa, hakim erteleme sözleşmesini kurar ve erteleme vadesi belirtilir. Burada, süresiz erteleme geçersizdir.

Doktrinde tartışılan bir husus, katılma alacağı veya değer artış payı alacağının takasının imkanı olduğu durumda MK.m.239/II'ye göre, katılma alacağı borcunun ödenmesinin ertelenmesi imkanı olup olmayacağıdır. Hakim görüş, bu durumda artık ciddi bir tehlikenin var olmayacağı yönündedir. GÜMÜŞ ise aksini savunmakta ve mutlak bir kabulün ötesinde somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmasını desteklemektedir. GÜMÜŞ'e göre; hakim görüş haklı olarak katılma alacağının ifasının ertelenmesi mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili olduğu için, sadece mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanmasına kadar borçlu eşin “MK. m. 239/II uyarınca” ertelemeyi isteyebileceğini savunmaktadır⁵⁷.

5. FAİZ

Borçlu eşe vade tanınması karşılığında alacaklı eşin alacak hakkının korunması için Yasa, güvence verilmesine ek olarak faiz talep edilebilmesini de öngörmüştür. MK. m. 239/II'de açıkça, “Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür.” denilmektedir.

⁵³ Bkz. ZEYTİN, age, s. 228; SARI, age, s. 249.

⁵⁴ Bkz. Aynı görüş için, ZEYTİN, age, s. 229.

⁵⁵ Aynı görüş için, bkz. ZEYTİN, age, s. 229.

⁵⁶ GÜMÜŞ, age, s.398.

⁵⁷ Bkz. ZEYTİN, age, s.228, SARI ise farklı düşünmekte ve tasfiye sonrası da erteleme talebine olanak tanınmaktadır. (age, s. 249).

MK. m. 239/III uyarınca; katılma alacağı ve değer artış payından doğan alacağa, tasfiyenin bitmesiyle birlikte faiz yürütülecek, ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabileceklerdir. Bu konuda bir anlaşma yoksa, 3095 sayılı⁵⁸ yasada öngörülen faizle ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktır⁵⁹.

Katılma alacağının ayın olarak ödenmesi halinde ve ödemede gecikme olması durumunda katılma alacağına faiz işletilip işletilemeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. *GÜMÜŞ*'e göre; katılma alacağını ayın ile yerine getirmeyi tercih eden eşin, taahhüd ettiği zamanda ayını teslim etmemesi halinde faiz ödeme borcu doğacaktır. *ACAR* ise; yasa hükümünün; katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülmesini sadece para ödemeleriyle sınırladığı görüşündedir. Borçlu eşe tanınmış bu yetkinin, niteliği dikkate alındığında, asıl alacağın yerine seçilmiş malın geçmesi durumunda (borcun konusunun değişmesi), artık borç para yerine mal olacaktır. Bu nedenle, ayın (mal) olarak ifa tipindeki taahhüdlere, mülkiyeti devir (nakil) taahhüdü olarak algılamak daha isabetlidir⁶⁰. Para borçlarına özgü olan faiz ödemesi mülkiyeti nakil borçlarına yabancı olup, ayın olarak ifade gecikme halinde satıma ilişkin borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde işlem yapmak gerekmektedir. Katılma alacağının ayın olarak ifası söz konusu olup da, ayının mülkiyetini nakilde gecikme olması halinde eğer eşin bu geç teslim nedeniyle bir zarara düşer olması söz konusuysa, eş BK. m. 96 ve 188/I hükümleri çerçevesinde uğradığı zararlar için tazminat talep edebilir. Bunun doğal bir sonucu olarak; geç teslim nedeniyle eş herhangi bir zarara uğramamış ise, tazminat (hakkına sahip olamayacaktır) da talep edemeyecektir. Kaldı ki; faizi aşan zararların varlığı halinde, mülkiyeti nakil borcuna aykırı davranan ve faiz ödemek zorunda kalan eşin yapmış olduğu ödeme yetersiz kalacaktır.

Katılma alacaklısı eşin talep edebileceği faizin başlangıcının tespitinde, katılma alacağından doğan borç bir para borcu olduğundan para borcunda temerrüde ilişkin hükümler uygulanacaktır. BK. m. 101 hükmüne göre, muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. MK. m. 239 hükmü, alacaklı eşin borçlu eşini temerrüde düşürmesinin ve dolayısıyla ihtar göndermesinin gerek olmaması bakımından Borçlar Kanunu'nun temerrüde ilişkin hükümlerinden, ayrılır. Yasa koyucunun MK. m. 239 hükmünde genel hükümlerden ayrılmasının nedeni, burada borç ilişkisinin taraflarının eşler olması, evlilik birliğinin ne zaman son bulacağına bilinmemesi ve bir eşin diğerini katılma alacağı için ihtar çekerek temerrüde düşürmesinin evlilik kurumuyla bağdaştırılamayacak olmasıdır.

Tasfiye yargılama sonunda gerçekleşmiş ve verilen karar kesinleşmişse, kararda mahkeme tarafından katılma alacağının muaccel hale geldiği tarih ve hangi tarihten itibaren hangi oranda temerrüt faizine tabi olduğu belirtilmelidir. Tasfiye yargılama sonrasında değil de eşler arasında anlaşma ile gerçekleşmişse bu anlaşma tamamlandığı anda borç muaccel hale gelmiştir. Temerrüt faizi ise tarafların bu anlaşmada öngördüğü oranda ve tarihte işlemeye başlayacaktır. Eğer taraflar temerrüt faizinin başlangıç tarihinde ve oranında anlaşmamışlarsa faiz anlaşmadan doğan katılma alacağı için

⁵⁸ "Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun".

⁵⁹ KILIÇOĞLU, age, s.245.

⁶⁰ ACAR, age, s.160.

takep tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır⁶¹. Taraflar faiz oranı ve işlemeye başladığı tarih hususunda anlaşmamışlarsa, ilgili hususlar mahkemece tayin edilecektir. MK. m. 239/II’de, “*Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür.*” denilmektedir. Böylece tasfiyeye mahkeme tarafından karar verildiğinden faizin başlangıç tarihi de karar tarihi olacaktır. KILIÇOĞLU, faizin başlangıç tarihi olarak mahkemenin tasfiyeye ilişkin karar tarihinin esas alınmasındaki gayenin eşler arasındaki yarar dengesinin korunması olduğu ve bu uygulamanın gayet isabetli olduğu görüşündedir. Nitekim, “değerlendirme anı” başlıklı MK. m. 235’in ilk fıkrası gereği; edinilmiş mallara katılma rejiminde malların tasfiye tarihindeki değerleri esas alınır. Yasa koyucu, malların değerlendirilmesinde tasfiye tarihini esas aldığı halde, katılma alacağına bundan önceki bir tarihte faiz işletilmesini (örneğin dava tarihinden ya da borçluya ihtar tarihinden itibaren faiz işletilmesini) kabul etmiş olsaydı, alacaklı, bir yandan faiz elde etmiş; öte yandan, malların tasfiye tarihindeki değerlerinin esas alınması suretiyle haksız kazanç sağlamış olacaktır⁶².

Ancak katılma alacaklısı eş tarafından faiz talep edilmemişse, Usul Hukuku’nun temel ilkelerinden olan “*taleple bağıllık ilkesi*” gereği mahkeme faize hükmedemez.

6. KATILMA ALACAĞININ BOÇLUSU OLAN EŞTEN ALINACAK TEMİNAT (GÜVENÇE)

Borçlu eşe vade tanınırken bir yandan da alacaklının yararlarının korunması gerekmektedir. Borçluya vade tanınırken, alacaklının alacak hakkını tahsil etmesinin tehlikeye girebileceği olasılığı hesaba katılarak durum ve koşullar gerektiriyor ise, katılma alacağının veya değer artış payının ödenmesine ilişkin olarak MK. m. 239/III uyarınca⁶³; borçludan “teminat” göstermesi istenebilir. Alacaklı eşin talebine bağlı olarak, uygulama alanı bulacak bu teminat gösterme zorunluluğu, hal ve şartlardan haklı bir nedenin anlaşılmasına bağlı olacaktır⁶⁴. GÜMÜŞ’e göre; katılma alacağı veya değer artış payı alacağının ödenmesini tehlikeye sokan bir haklı sebebin varlığı, teminatın istenebilmesi için yeterli olup, MK. m. 239/II uyarınca, borcun ertelenmesinin talep edilmesi teminat göstermeyi gerektiren haklı bir neden olarak kabul edilebilir⁶⁵.

Eşlerin aksi yönde anlaşmaları ve teminat gösterme zorunluluklarını ortadan kaldırmaları mümkündür. Eşlerin bu hususta sözlü olarak anlaşmaları yeterli olup, eşler arasında teminat gösterme zorunluluğunu ortadan kaldıran anlaşma şekle tabi değildir⁶⁶.

Yasa, teminatın türüne ilişkin bir hüküm içermemektedir. Eşler teminatın türüne ilişkin olarak aralarında anlaşabilirler. Anlaşmazlık halinde ise; sorun hakime başvuru-

⁶¹ Bkz. KILIÇOĞLU, age, s. 246.

⁶² KILIÇOĞLU, age, s. 246.

⁶³ MK. m. 239/III; “*Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür; durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebilir*” hükmünü haizdir.

⁶⁴ ACAR, age, s. 161.

⁶⁵ GÜMÜŞ, age, s. 400.

⁶⁶ Bkz. GÜMÜŞ, age, s. 399.

larak çözümlür. Kılıçoğlu'na göre, yasada açık hüküm bulunmadığından, alacaklı eş, borçlu eşten her türlü aynı ya da kişisel teminat talep edebilir.

7. KATILMA ALACAĞININ TALEP EDİLMESİ: İCRA TAKİBİ

Katılma rejiminin en önemli ilkelerinden biri, “eşlerin iyi niyetle hareket etmesi” ilkesidir. Yeni Yasa ile eşler arasında cebri icra yasağı kaldırıldığından, 217. madde ile eşler arasındaki mal rejiminin birbirlerinden olan alacaklarının muaccel hale gelmesine engel oluşturmadığı kuralı getirilmiştir⁶⁷. Böylece katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda alacaklı durumda olan eş, borçlu eşten alacağını talep edebilecektir. Hatta evlilik devam ederken bile eşler arasında cebri icra yasağı sözkonusu değildir. Bu durum, eşler arasındaki karşılıklı anlaşmaya ve birlik düşüncesine zarar verebileceğinden eleştirilmektedir. Bu durumda örneğin mal rejiminin evlilik devam etmesine rağmen sözleşmeyle değiştirilmesi durumunda, tasfiye sonrası katılma alacağının ifası talep edilebilecek, bu amaçla cebri icra yoluna başvurulabilecek veya eşlerin birbirlerine karşı başka sebeplerden dolayı borçları varsa, evlilik devam etmesine rağmen diğer eş aleyhinde icra takibi başlatılabilecektir.

Katılma alacağının talep edilmesine ilişkin olarak MK. m. 625/I ile, ölüm ile mal rejiminin tasfiyesine özgü bir sınırlama getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre; resmi defter tutma faaliyeti devam ettiği sürece, katılma alacağı talep edilemeyecek ve dolayısıyla miras bırakanın borçları için icra takibi yapılamayacaktır.

8. ZAMANAŞIMI

Kanun; katılma alacağı hakkının tabi olduğu zaman aşımı konusunda sessiz kalmıştır. Bu durumda MK. 5'in göndermesiyle BK. m. 125 hükmü uygulama alanı bulacaktır. *KILIÇOĞLU*'na göre, eşler arasında sözleşmeye dayalı mal rejimi söz konusu ise, 10 yıllık zaman aşımı süresi uygulanacak; aksi taktirde yasal mal rejiminden doğan alacak (yasal alacak) 1 ve 10 yıllık zaman aşımına tabi olacaktır. Ancak buradaki, bu 1 yıllık süre tasfiyenin tamamlanması ile başlayacaktır⁶⁸. *GÜMÜŞ*, hukuksal dayanaktan yoksun olduğunu iddia ettiği bu görüşü eleştirmektedir. *GÜMÜŞ*; edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi sonrası açılacak tasfiye davası, boşanmanın bir mali sonucu olmadığından, bir mal rejiminin boşanma davasının açılmasıyla sona ermesi hali için dahi uygulanamayacak bir hükmün kıyasen diğer sona erme hallerini de kapsayacak şekilde uygulanmasının kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Ayrıca *KILIÇOĞLU*'nun 1 yıllık sürenin başlangıcı olarak kabul ettiği tasfiyenin tamamlanması anını, başlangıç tarihi bakımından da hukuki temelden yoksun bulup eleştiren *GÜMÜŞ*, bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için aranan mal rejiminin sona ermesi ile birlikte öngörülen katılma alacağının varlığının öğrenilmesi şartının ancak yargısal tasfiye aşamasında ve tasfiye tamamlandıktan sonra gerçekleşebileceğini, bunun dışında 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcının ise katılma alacağının henüz muacceliyet kazanmadığı bir zamana çekilmiş olduğunu ileri sürmektedir.

Yargıtay da katılma alacağının BK. m. 125 uyarınca muacceliyet tarihinden itibaren 10 yıl içinde zamanaşımına uğrayacağını kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu yön-

⁶⁷ *KILIÇOĞLU*, age, s.245.

⁶⁸ *KILIÇOĞLU*, age, s.234.

deki kararlarından biri olan Yargıtay 2. HD'nin 05.02.2007 tarihli, 2006/9383 E. Ve 2007/1228 K. sayılı kararına konu davada; tarafların boşanmasına ilişkin karar 02.06.2004 tarihinde kesinleşmiş, edinilmiş mallara katılma rejimi tasfiyesine yönelik dava ise 25.08.2005 tarihinde açılmıştır. Yerel mahkeme tarafından davalının bir yıllık süre geçtiğinden bahisle davanın zamanaşımına uğradığı itirazı dikkate alınarak dava reddedilmiştir. Yargıtay yerel mahkemenin kararını, kural olarak alacak davalarının 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündeki BK. M. 125 hükmünün bütün alacakları ve bu bağlamda katılma alacağını da kapsamış olduğundan yola çıkarak, davanın mal rejiminin sona erdiği tarihten başlayacak şekilde 10 yıllık zaman aşımına tabi olduğu gerekçesiyle, davalının zamanaşımı itirazının reddi gerektiğinden bozmuştur. Yargıtay 2. HD, 21.04.2008 tarihli, 2007/6331 E., 2008/5733 K. sayılı bir başka kararına konu davada ise; eşlerin boşanma kararı 04.04.2005 tarihinde kesinleşmiş, mal rejiminin tasfiyesi davası ise 14.04.2006 tarihinde açılmıştır. Yerel mahkeme tarafından davalı vekilinin zamanaşımı itirazı üzerine dava tarihi ile boşanma hükmünün kesinleştiği tarih arasında bir yıldan fazla zaman geçtiği gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Yargıtay, MK. m. 178'de yazılı 1 yıllık zamanaşımı süresinin boşanmanın fer'isi olan tazminat ve nafaka teleplerine ilişkin olduğu, katılma alacağının ise BK. m. 125'teki 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu ve bu nedenle davalının zamanaşımı itirazının reddi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

9. ÖLÜM DURUMUNA ÖZGÜ AYNİ HAK TESİSİ OLANAĞI

Daha önce de belirttiğimiz üzere; katılma alacağı, eşe sadece bir alacak hakkı tanımakta diğer eşe ait edinilmiş mallar üzerinde mülkiyet hakkı veya diğer bir ayni hak talebinde bulunma hakkı vermemektedir (MK.m.236/238). Bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki; hangi eşe ait olduğu ispatlanamayan malların, her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılması ve mal rejiminin tasfiyesinde eşlerden birinin, paylı mülkiyete konu olan malın kendisine bölünmeden verilmesini talep edebilmesidir (MK. m. 222/f.2, 226/f.2)⁶⁹. Ancak bunun için eşin, diğer eşe göre daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmesi ve diğer eşin payını ödemesi gerekmektedir. Kuralın ikinci istisnası ise, evliliğin ölümle sona ermesine ilişkin olup, MK. m. 240'da düzenlenmiştir.

İlgili hüküm;

“Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.

Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Hakkı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.

⁶⁹ ACABEY;Evlilik birliğinde yasal mal rejimi kitabına ek, İzmir, 2004, s.7.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır”.

hükümünü hazidir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, eşlerin arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması ve bu rejimin ölümle sona ermiş olması gerekmektedir. Mal rejiminin boşanma, evliliğin iptali veya sözleşme ile sona ermesi hallerinde MK. m. 240 hükmü uygulama alanı bulmaz. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları bu yöndedir. Yasal mal rejiminin ölüm nedeniyle sona erdiği ve fakat aile konutunun ve ev eşyalarının mülkiyetinin ölen eşe ait olduğu durumlarda; sağ kalan eş, tasfiye sonrası katılma alacağına sahip olmuş ise, nakdi ödeme yerine aile konutu ve konut eşyası üzerinde aynı hak tesisi talep edebilir.

Evliliğin gaiplik veya ölüm karinesi ile sona ermesi durumu, ölüm dışında bir sebeple mal rejiminin sona erdiği bir hal olmasına karşın, burada MK. m. 240 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Zira, bu durumlar, evliliği sona erdirmeseler de, miras hukuku açısından ölüm ile aynı sonuçları doğurmaktadırlar. Ancak, evliliğin sona ermesi için, evliliğin feshinin talep edilmesi, ayrıca bir mahkeme kararı olması gerekmektedir. MK. m. 35/II uyarınca gaiplik kararı, geçmişe etkili olarak (ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak) hüküm ve sonuç doğurur. Bu da; son haberin alındığı günün “mirasın açıldığı gün” olarak sayılması ve mirasçılar ve miras paylarının buna göre belirlenmesi gibi, miras hukuku bakımından önemli bir takım sonuçlara yol açar.

Eşin mirasçılığından, ancak ölüm anında geçerli ve mevcut bir evlilik var ise, söz edilebilir. Gaipliğin, ölüm ile aynı neticeleri doğurduğu göz önüne alındığında, evliliğin gaiplik nedeniyle feshini talep eden eşin mirasçılığının zarar görmeyeceği ve MK. m. 240’dan yararlanabileceği açıktır. Evliliğin feshinin istenmediği durumda ise, doktrin, görüş birliği sağlayamamıştır⁷⁰. YAĞCIOĞLU, MK. m. 240’ın uygulanabilmesi için ayrıca evlilik birliğinin feshinin istenmesine gerek olmadığı görüşündedir⁷¹.

Fikrimizce, burada, evliliğin feshinin istenmiş olması gerekmektedir, aksi takdirde evlilik birliği ve dolayısıyla yasal mal rejimi varlığını korur. Yasal mal rejimine

⁷⁰ Doktrinde ACAR, görüş değişikliğinde bulunmuş ve MK. m. 240 hükmünün uygulama alanını, evliliğin feshi talebine bağlamaktan, MK. m. 35/I ve miras hukukunu gerekçe göstererek, vazgeçmiştir. Aynı görüşte bulunan ÖZTAN da ; “Gaiplik kararı ile veya karar verildikten sonra, evlilik birliğinin sona ermesi talep edilmemiş olsa bile, eşler arasındaki mal rejimi sona erer; çünkü aksi halde mirasın tespiti mümkün olmazdı ve mirasçılar kendi miras haklarını ileri süremezlerdi” diyerek ACAR’ı desteklemiştir (bkz. ÖZTAN, s.320). DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ ise; “Sadece gaiplik kararının talep edildiği durumda eşler arasında yasal mal rejiminin sona erdiği mal ayrılığı rejiminin uygulama alanı bulduğu, bu nedenle MK. m. 240 hükmünün uygulama alanı bulmadığı, ancak gaiplik kararı ile birlikte evliliğin feshinin talep edildiği durumda ancak MK. m. 240 hükmünün uygulama alanı bulabileceği” görüşünde iken (bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.403) daha sonra bu görüşlerinden dönmüşlerdir GÜMÜŞ, MK. m. 35/1’in ölüme bağlı hakların aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağını öngören hükmü karşısında MK. m. 240 hükmünün hayatta kalan eş evliliğin feshini istemese bile uygulanacağı görüşünü benimsemiştir. Ancak MK. m. 240 hükmünün gaiplik durumunda uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin görüşünü değiştiren GÜMÜŞ, evliliğin feshi talep edilmediği sürece eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin kendiliğinden mal ayrılığına dönüşeceği yönündeki fikrinde ısrarcıdır. (bkz. GÜMÜŞ, s.403, dipnot 621.)

⁷¹ YAĞCIOĞLU, age, s.110., aynı görüş için bkz. DOĞAN, age, s. 656.

tabi evliliklerde, sağ kalan eş, öncelikle gaip olan eşin mal varlığı içindeki katılma alacağını, aile hukuku çerçevesinde edinmektedir. Buradan kalanlar, terekeyi oluşturmaktadır.

GÜMÜŞ'E göre, evliliğin feshi talep edilmediği sürece eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejimi kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşecektir⁷². YAZICIOĞLU, GÜMÜŞ'ün bu değişikliğin kendiliğinden olmayacağını, bilakis MK m. 206 uyarınca hakim kararıyla olabileceğini belirtmek suretiyle GÜMÜŞ'ün bu görüşünü eleştirmektedir⁷³.

Sonuç olarak, yasal mal rejimine tabi bir evlilikte; sağ kalan eş, gaip olan eş için evliliğin feshini talep etmese bile, miras hukuku ve MK. m. 35/I hükmü, yasal mal rejimini sonlandırabilecektir. Eşlerin, mal ayrılığı rejimini seçtiği durumda ise, sağ kalan eş için miras hukukuna ihtiyaç yoktur. Gaiplik kararı geçmişe etkili olduğu için, gerek yasal mal rejiminde gerek mal ayrılığında, gaiplik davası süresince gaip eşin kazandıkları, sağ kalan eşin olacaktır. Diğer bir deyişle, gaiplik durumu (evliliğin feshi talep edilmemiş olsa dahi) adeta ölüm gibi hüküm doğuracak, mal rejimini sonlandıracaktır. Bütün bunların sonucunda ise, MK. m. 240 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ölüm durumuna ilişkin olarak, aile konutu ve ev eşyaları üzerinde aynı hak tesisindeki "sosyal ve insani amaç" gaiplik durumunda da vardır⁷⁴. Ayrıca sağ kalan eşin eski yaşantısını devam arzusu MK. m. 240'da koruma altına alınmıştır.

MK.m.240'ın uygulanabilmesi için konutun aile konutu olması gerekip gerekmediğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hakim görüş, hükmün başlığında hareketle "aile konutu" kavramını esas almaktadır. GÜMÜŞ, MK m. 240'ın mehzazı olan İMK 219' "aile konutu" değil "konut"tan bahsettiğinden yola çıkarak MK. m. 240'ın aile konutunu değil, eşlerin malik olan eşin öldüğü tarihte içinde ortak yaşamı sürdürdükleri konutu esas aldığı, eşlerin birlikte yaşadığı konut kavramının MK. m. 194'teki "aile konutu" kavramı dışında daha geniş ve farklı bir kavram olarak anlaşılmasının zorunlu olduğu görüşündedir⁷⁵. Bu görüşe göre, eşlerin birlikte yaşadıkları birden fazla konut varsa, fakat bunlardan sadece birisi aile konutu niteliğinde olsa bu konutların hepsinin MK m. 240 anlamında "birlikte yaşanılan konut" sayılması gerekmektedir. GÜMÜŞ, "ev eşyaları" na ilişkin olarak da yine aynı geniş yorumu yapmakta ve "ev eşyaları"nı, birlikte yaşanılan konut içindeki veya dışındaki, eşlerin ortak bir yaşamın gerekleri içerisinde birlikte kullandıkları, kişisel kullanım dışı taşınır eşyalar olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için zorunlu olması şartıyla birlikte yaşanılan konut dışındaki ikincil konutlardaki eşyalar bakımından da MK. m. 240'a dayalı olarak talepte bulunabilecektir⁷⁶.

GÜMÜŞ'e göre, MK. m. 240'taki "aile konutu" kavramı, "birlikte yaşanılan konut" olarak okunmalı ve örneğin eşlerden biri haklı sebebe dayanmaksızın ayrı yaşamaya başlarsa diğer eşin ölümü halinde, MK. m. 240'tan faydalanarak, buradaki

⁷² Bkz. GÜMÜŞ, age, s. 403., dipnot 621.

⁷³ YAZICIOĞLU, age, s. 111.

⁷⁴ ACAR, age, s.167, dipnot 568 ve, AKINTÜRK, age, s. 166.

⁷⁵ GÜMÜŞ, s.412.

⁷⁶ GÜMÜŞ, s.411,412.

talep hakkını terk ettiği konutta, bu konut artık “birlikte yaşanılan konut” olmaktan çıktığı için kullanamamalıdır⁷⁷.

ACAR ise bu görüşe katılmamaktadır. ACAR’a göre, “aile konutu” niteliğinin yapılamayacağı farklı konutlarda yaşamının sözkonusu olduğu durumlarda, “aile birliği” ve “ortak yaşamın devamı”ndan söz edilemeyeceği için MK. m. 240’ın uygulanması mümkün olamayacaktır⁷⁸. ACAR, görüşünü kanun koyucunun sağ kalan eşe MK. m. 240’taki imkanı tanımamasının sebebinin sağ kalan eşin aile birliği zemininde eski yaşantısını devam ettirebilmesi olduğunu belirterek desteklemiştir. Bu konuda ACAR’ın görüşüne katılmaktayız; zira MK. m. 240’ta açıkça “birlikte yaşadıkları konut üzerinde” ifadesi yer almaktadır.

Doktrinde hakim görüş ve Yargıtay, eşlerin ayrı yaşamalarının terk edilen konutun MK m. 194 anlamında “aile konutu” niteliğini değiştirmeyeceği yönündedir. Ancak ZEYTİN, eşlerin fiilen veya mahkeme kararıyla ayrı yaşamalarının konutun MK. m. 194 anlamında aile konutu niteliğini kaldıracağı görüşünde olup bu durumda mevcut konutun MK m. 240 anlamında aile konutu sayılmaya devam etmesi gerektiği, MK. m. 240’taki talep hakkının terk edilen konut değil, mevcut konut hakkında ileri sürülmesi gerektiğini belirtmektedir⁷⁹.

GÜMÜŞ’e göre ise, MK. m. 240’ın uygulanabilmesi için konuttaki birlikte yaşamın hayatta kalan eşe yüklenemeyen bir sebepten dolayı sona ermesi yeterlidir. Buna göre, birlikte yaşanılan konutun maliki olan eş konutu terk etmişse (bunun nedeni diğer eşin zinası dahi olsa) ölümü halinde veya eşler ortak yaşamlarını anlaşılarak ölen eşin farklı konutlarında sürdürüyor iseler sağ kalan eş MK. m. 240 hükmüne dayanarak talepte bulunabilecektir⁸⁰.

Hükmün amacından doğan istisnalar saklı kalmak kaydıyla kural olarak aile konutunun ve ev eşyalarının maliki olan eşin öldüğü sırada, diğer eşin konut ve ev eşyalarına ilişkin yararlanmasını sürdürüyor olması gerekir. Hayatta olan eşin ölüm anındaki geçici yararlanma yoksunlukları⁸¹ MK. m.240’ın uygulanmasına engel değildir⁸². Ancak sağ kalan eş, diğer eşin ölümünden sonra konuttan sürekli olarak ayrılıyorsa o konut üzerinde MK. m. 240’a dayalı olarak talepte bulunması kural olarak mümkün değildir.

MK. m. 240’ın uygulanabilirliğinin ön şartı, hayatta olan eşin, hükmün öngördüğü kapsamda bir talepte bulunmasıdır⁸³. MK. m. 240’a dayalı talep imkanı kanun koyucu tarafından sadece sağ kalan eşe tanınmış bir haktır ve bu hakkın kullanımı tamamen sağ kalan eşin inisiyatifindedir. Mirasçıların eşin iradesine rağmen ifa ikamesi olarak MK. m. 240’tan yararlanmaları mümkün değildir⁸⁴. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 23.01.2006 tarihli, 15849 E.

⁷⁷ GÜMÜŞ, s.412.

⁷⁸ ACAR, s. 165, dipnot 562.

⁷⁹ bkz. ZEYTİN, s. 233.

⁸⁰ bkz. GÜMÜŞ, s. 413.

⁸¹ Bu bağlamda MK m. 197’ye dayalı ayrı yaşama bir geçici yararlanma yoksunluğu olarak değerlendirilir.

⁸² GÜMÜŞ, s.414.

⁸³ GÜMÜŞ, age, s. 404.

⁸⁴ ACAR, age, s. 173.

ve 211 K.sayılı kararında, 17.10.2005 tarihli, 12031 E. ve 14273 K. Sayılı kararında, 12.06.2003 tarihli, 2003/7632 E. ve 2003/8691 K. sayılı kararında ve 03.11.2003 tarihli, 2003/13969 E. ve 2003/14709 K. sayılı kararında, 03.05.2004 tarihli, 2004/4506 E. ve 2004/5669 K. sayılı kararında edinilmiş mallara katılma rejiminde ev eşyalarının mülkiyet hakkını isteme hakkının sadece sağ kalan eşe tanınmış olduğu, boşanma veya evliliğin iptali halinde bu rejimde herhangi bir düzenleme yapılmamış olduğu açıkça belirtilmiştir⁸⁵. Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 17.10.2005 tarihli, 2005/12031 E. ve 2005/14273 K. sayılı kararında, MK. m. 240 hükmünün ancak katılma rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde uygulanacağı, boşanma halinde bu hükmün uygulama alanı bulamayacağı belirtilmiştir. Bu yönde bir başka karar ise Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 03.02.2002 tarihli, 2003/152 E. ve 2003/1419 K. sayılı kararıdır⁸⁶. Ancak yasakoyucu 240/3'te haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşe aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını talep etme yetkisini ölen eşin mirasçılarında da vermiştir.

Sağ kalan eş tarafından ölen eşin mirasçılara yöneltilmek suretiyle kullanılacak olan bu talep hakkı, nispi bir hak olup kişiye sıkı sıkıya bağlıdır, devredilemez, rehnedilemez veya mirasçılara intikal etmez. Bu nitelikte talep hakkını, hayatta olan eşin yasal temsilcisi eğer vasisi ise ancak MK.m.462/b.9 hükmü uyarınca vesayet makamının izni ile kullanabilmelidir⁸⁷. MK. m. 240'ın sağ kalan eş için getirdiği imkan bakımından doktrindeki bir diğer tartışma konusu olan husus ise, bu hükümde eş lehine düzenlenen hakkın niteliğidir. Doktrindeki görüşlerden biri, MK m. 240'taki talebin konusu taraflar arasındaki akdi irade uyuşmasına bağlı olarak somutlaşan bir devredilemez, rehnedilemez veya mirasçılara intikal edemez bir borçlandırıcı talep olduğu yönündedir⁸⁸. ZEYTİN⁸⁹ ve DOĞAN⁹⁰'a göre, MK. m. 240 kapsamındaki sağ kalan eşin talep hakkı bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. GÜMÜŞ'e göre burada eşler arasında belirli bir malvarlığının paylaşımı değil, değer olarak belirli mal rejimsel bir alacak hakkının mal rejiminin tasfiyesi sonrasında borçlu çıkan eş tarafından ifası sözkonusu olduğundan ve ayımla ifa ihtimalinde ayının kaynağını sadece edinilmiş mallar teşkil etmediğinden MK. m. 240 hükmünün bir paylaşma kuralı olarak benimsenmesi mümkün değildir. GÜMÜŞ, bu hükümle tek taraflı ve yenilik doğurucu irade beyanı ile mirasçılardan borç altına sokulmasına dayalı olarak bir "ifa ikamesi" nin yaratıldığını savunmaktadır⁹¹. Katılma alacağının ifasında kullanılacak edime ilişkin belirsizlik, hayattaki eşin tek taraflı yenilik doğurucu irade beyanı ile "ortadan kaldırıl-

⁸⁵ Kazancı her iki temyiz incelemesine konu olan Yerel mahkeme kararları da eşler arasındaki mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olduğu ve bu rejimde aile konutu ve ev eşyasından yararlanma hakkının yalnızca sağ kalan eşe tanındığı dikkate alınmadan bu hakkın boşanan eşe de tanınması ve aile konutu ile ev eşyasının boşanan eşe ve çocuğa ömür boyu özgülenmesi yönünde hüküm tesis edilmesi nedeniyle hukuka aykırı bulunarak bozulmuştur.

⁸⁶ ACAR, age, s. 166, dipnot 563.

⁸⁷ GÜMÜŞ, age, s. 404.

⁸⁸ GÜMÜŞ, age, s.404; aynı görüş için bkz. YAĞCIOĞLU s. 43.

⁸⁹ ZEYTİN, s. 226.

⁹⁰ DOĞAN, s. 669-670.

⁹¹ GÜMÜŞ, age, s.406.

makta”, bir anlamda “ tadil ilişkisi niteliğinde bir ifa uğruna edim” yaratılmaktadır ve fakat burada ifa yerine edim sözkonusu değildir⁹².

ACAR, . m. 240 hükmünün sağ kalan eşe “fa ikamesi” yaratma imkanını verdiğini belirterek sağ kalan eşe tanınan hakkın niteliğine ilişkin tartışmada GÜMÜŞ’ün görüşüne katılmaktadır. ACAR bu görüşünü MK. m. 240/II ve III’te eş lehine düzenlenen imkanın tasfiye kapsamında kalmasına ve burada sağ kalan eşin katılma alacağı-nın nasıl ifa edileceğini belirlemek suretiyle borçlu eşin mirasçılarının ifa serbestisini sınırlandırmakta olduğuna dayandırmaktadır⁹³.

Kanun koyucu sağ kalan eş tarafından bu hakkın kullanımı için herhangi bir şekil öngörmemiştir. Kanun koyucu, sözkonusu talebin ileri sürülebilmesi bakımından bir sınır öngörmediğinden, eşin ölümünden tasfiyenin sona ermesine veya tasfiye sona ermese bile, talebin ilişkili olduğu eşyanın miras şirketi tarafından elden çıkarıldığı ana kadar ileri sürülebilir. Ancak bu talep, bu zaman aralığında birlikte yaşanan konut veya ev eşyasının tasarrufi bir hukuki işlem, maddi fiil, sosyal olaylar vb. sebepler ile elden çıkması ya da yok olması durumunda artık ileri sürülemez⁹⁴. Bu duruma, akdi veya yargısal paylaşma sonucu eşlerin birlikte yaşadığı konutun mirasçılardan birinin mülkiyetine geçtiği veya mirasçılarının birlikte yaşanan konutu satın, mülkiyetini devrettiği durumlar örnek olarak verilebilir. Bunun dışında hayatta olan eşin mal rejiminin tasfiyesine katılma yükümü çerçevesinde miras şirketi, hayatta olan eşe, MK. m. 240’taki talebini kullanması için uygun bir süre tanıyamaz⁹⁵.

Ancak sağ kalan eşin MK. m. 240’ta düzenlenen haktan yararlanabilmesi için katılma alacağının bulunması şarttır. GÜMÜŞ’e göre, ölen eşin hayatta kalan eşe yönelik katılma alacağının varlığı halinde ölen eşin mirasçılarının MK. m. 240 hükmüne dayalı olarak talepte bulunma yetkisi yoktur⁹⁶. bu çerçevede eşlerin artık değer alacakları tespit edilip yasal takas yapıp katılma alacağı ortaya çıkmadan, hayattaki eşin yenilik doğurucu talepte de bulunabilmesi olanaklı değildir⁹⁷. GÜMÜŞ, eşlerden birisinin katılma alacağının mevcut olmayıp sadece değer artış payı alacağına sahip olduğu hallerde, MK. m. 240’ın, sadece değer artış payı alacağı üzerinde aynı hak tesisi, talep edilecek aile konutu veya ev eşyasına yapılan katkıdan doğuyorsa uygulama alanı bulacağı görüşündedir⁹⁸. ACAR ise GÜMÜŞ’ten farklı olarak bir değer artış payı alacağının varlığı halinde bir ayırım yapmaksızın mutlak olarak MK. m. 240’ın uygulanmasını kabul etmektedir⁹⁹.

Katılma alacağına sahip olmayan eşin aile konutunun veya ev eşyasının mülkiyetini elde etmesi ancak mal rejiminin ölümle sona ermesine münhasır olmak üzere Miras Hukuku hükümlerinden m.652 hükmü ile mümkün olmaktadır. Böylece mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde kanunkoyucu sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde aynı hak tesisini çifte hükümle güvence altına almıştır. Her iki hükmün ama-

⁹² GÜMÜŞ, age, s.407.

⁹³ ACAR, age, s. 170.

⁹⁴ GÜMÜŞ, age, s. 416.

⁹⁵ GÜMÜŞ, age, s. 404.

⁹⁶ GÜMÜŞ, age, s. 409; aynı görüş için bkz. YAĞCIOĞLU, age, s. 114.

⁹⁷ GÜMÜŞ, age, s. 410.

⁹⁸ Bkz. GÜMÜŞ, age, s.410; aynı görüş için bkz. age, YAĞCIOĞLU, s. 115.

⁹⁹ ACAR, age, s. 171; aynı görüş için bkz. ÖZTAN, age, s. 303; ZEYTİN, age, s. 234-235.

cı da sağ kalan eşi korumaktır. Eski Medeni Kanun'da bulunmayan MK. m. 652 hükmü şöyledir;

"Eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya miras bırakanın diğer yasal mirasçılarında birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır."

Bu hükmeye göre, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eş, talep ettiği takdirde terekede bulunan aile konutu veya ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınır. Eşe tanınan bu imkanın en geç mirasın paylaşımı esnasında kullanılması gerekmektedir¹⁰⁰. Burada da tıpkı MK. m.240'da olduğu gibi sağ kalan eş lehine mülkiyet hakkının tesisi ipso iure olmayıp, sağ kalan eşin talebine bağlıdır. Mirasçı sıfatına sahip olan sağ kalan eş elbirliği ortaklığı dahilinde aile konutu ve ev eşyası üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip olacağından, sözkonusu istem "birlikte mülkiyetten bireysel mülkiyete geçiş" yönünde olacaktır¹⁰¹. ACAR'a göre MK. m. 652 ile sağ kalan eşe tanınan hakkın niteliği, mirasın paylaşımına dönük "paylama kuralı"dır¹⁰².

Sağ kalan eş;

-Eşler arasında katılma rejiminin bulunması,

-katılma rejiminin ölüm nedeniyle son bulması,

-sağ kalan eşin bulunması,

-sağ kalan eşin katılma alacağına doğması,

-sağ kalan eşin aynı hak talep etmesi şartlarının varlığı halinde MK. m. 240 uyarınca konut ve konut eşyası üzerinde aynı hak talep edebilir.

MK. m. 652 uyarınca sağ kalan eşin konut ve konut eşyası üzerinde aynı hak talep emesinin koşulları ise;

-ölüm,

-sağ kalan eşin varlığı,

-tereki malları arasında eşlerin birlikte yaşadıkları konut ve konut eşyasının bulunması,

-sağ kalan eşin konut ve konut eşyasında aynı hak talep etmesidir.

Katılma alacağına sahip olan sağ kalan eş, şartlarının gerçekleşmesi ile aile konutu veya ev eşyası üzerinde mülkiyet tesisi için MK. m. 240 ve m.652 hükümlerinden istediğinden faydalanabilir; zira yukarıda belirttiğimiz gibi bu hükümlerin amacı ve işlevi aynıdır ve katılma alacağına sahip sağ kalan eşe yarışan talep hakkı sunulmaktadır. Ancak tek mirasçı eş ise zaten ölen eşe ait bütün malların mülkiyetine kendisine ait olacağından her iki hükümden faydalanmasına da gerek yoktur. Ancak MK. m.240 mal rejiminin sona ermesine bağlı olan bir hüküm iken MK. m. 652 eşin miras

¹⁰⁰ ACAR, age, s.176.

¹⁰¹ ACAR, age, s.173.

¹⁰² ACAR, age, s.173.

hakkının varlığına ilişkin bir hak olduğundan, iki hüküm arasında birtakım farklıklar da bulunmaktadır. Bu iki hüküm arasındaki farklılıkları şöyle sıralayabiliriz:

-MK. m. 240 hükmü “ifa ikamesi” olarak nitelendirilirken, MK. m. 652 hükmü ise “paylaşma kuralı” olarak nitelendirilmektedir. *GÜMÜŞ*’e göre MK. m. 240, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında uygulama bulan ve katılma alacaklısı lehine bir ifa ikamesi yaratan bir düzenleme iken MK. m. 652 hükmü, ölen eşin mirasının tasfiyesi sırasında hayatta olan eşin talebi üzerine uygulama bulan ve emredici nitelikteki bir “paylaşma kuralı”ndan ibarettir¹⁰³.

-Sağ kalan eşin MK. m. 240’tan yararlanabilmesi için katılma alacağına sahip olması şart iken, MK. m. 652’den yararlanabilmesi için bu hüküm miras hakkının varlığına bağlı bir hüküm olduğundan ölen eşin mirasçısı sıfatını taşıması yeterlidir, katılma alacağına sahip olması aranmaz.

-Sağ kalan eşin lehine mülkiyet hakkı tesisini talep edebilmesi için MK. m. 240 gereğince haklı sebebin varlığını ispatlaması gerekirken, MK. m. 652’den yararlanmaması durumunda herhangi bir haklı sebebin varlığını ispat zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak sağ kalan eş mirası reddetmek veya mirastan feragat etmek suretiyle mirasçılık hakkını kaybetmişse, MK. m. 240’tan yararlanabilmesi için haklı sebebin varlığını ispat etmesi gerekmektedir¹⁰⁴.

MK. m. 652’nin emredici bir hüküm olup olmadığı hususunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. *GÜMÜŞ*, amacından yola çıkarak MK. m. 652 hükmünün emredici bir hüküm olduğu görüşündedir. *ACAR* ise MK. m. 652’nin sağ kalan eş lehine bir paylaşma kuralı olmasından ve mirasın paylaşılmasına dönük hükümlerin emredici olmamasından hareketle hükmün emredici olmadığını ileri sürmektedir. Böylece *ACAR*’a göre miras bırakan sağ kalan eş bu haktan yoksun bırakabilecektir. Ayrıca MK. m. 652’de sağ kalan eş için “...mülkiyet hakkının tanınmasını isteyebilir” denildiğine göre mülkiyet hakkının tanınması sağ kalan eşin açık veya örtülü bir talebine bağlıdır ve sağ kalan eşin böyle bir talepte bulunmaması da ihtimal dahilindedir. Madde hükmünde sağ kalan eşin bu yöndeki talebi hakkında bir karine bulunmadığı gibi, sağ kalan eşin herhangi bir talebi bulunmadığı durumda hakime aile konutu veya ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi yönünde bir emir hükmünü de içermemektedir. *ACAR*’a göre, hükmün emredici olmadığı yönündeki görüşü kuvvetlendiren bir diğer husus, MK. m. 652/II hükmü gereği talebe rağmen, mirasçıların, miras bırakanın talebi üzerine sağ kalan eş lehine intifa veya oturma hakkının tanınmasının mümkün olmasıdır. Ayrıca aynı fıkra da miras bırakanın da haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşe mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkının tanınmasını talep edebileceğinin belirtilmesi bu hükümle sağ kalan eşe mutlak ve aksi kararlaştırılmaz bir ayrıcalık tanınmadığının göstergesidir. *Acar*, MK. m. 652 ile ilgili olarak yasa tarafından malın özgülenmesine yönelik olarak getirilmiş bir ayrıcalığın miras bırakanın paylaşma kuralı ile bertaraf edilebileceği ve böylece miras bırakanın ölüme bağlı tasarruf özgürlüğüne üstün tutulduğu sonucuna varmaktadır¹⁰⁵.

¹⁰³ *GÜMÜŞ*, age, s. 417.

¹⁰⁴ *ACAR*, age, s.174, dipnot 598.

¹⁰⁵ Bkz *ACAR*, s. “Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı” (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2006/1, s. 121 vd.) s. 156.

-Mal rejiminin tasfiyesinde eş sadece katılma alacağı hakkını elde ettiğinden aile konutu üzerinde eşe öncelikle her biri sınırlı aynı haklar olan intifa ve sükna hakkı, haklı sebepler var ise mülkiyet hakkı tanınmıştır. Oysa MK. m. 652 sağ kalan eşe önce mülkiyet hakkını talep etme yetkisi tanımakta, mirasçılardan bu talebe haklı sebepler ile karşı çıkılmaları durumunda ise intifa ve sükna hakkının tesisini talep imkanı vermektedir. Bunun nedeni sağ kalan eşin MK. m. 652'nin uygulanacağı durumlarda diğer mirasçılarla birlikte zaten elbirliği halinde mülkiyet hakkına sahip olmasından dolayı birlikte malik sıfatına sahip olan eşe intifa veya sükna hakkı tanımak yerine mülkiyeti bütünüyle elde etme imkanı tanımının daha tutarlı olacak olmasıdır.

-MK. m. 652 hükmü eşler hangi mal rejimine tabi olurlarsa olsunlar uygulanır; zira MK. m. 652, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, sağ kalan eşin tereke malları arasında yer alan konut ve konut eşyası üzerinde mirastan kaynaklanan aynı hakkını düzenlemektedir¹⁰⁶. Burada MK. m.240'ta olduğu gibi sağ kalan eşin ölen eşten alacaklı olması gibi bir koşul aranmamaktadır. MK. m. 652 hükmü mal ayrılığı rejiminde dahi uygulanacağından, mal ayrılığı rejiminde mal rejiminden kaynaklanan yasal alım hakkı düzenlenmemiş olmasına rağmen sağ kalan eş aile konutu veya ev eşyaları üzerinde hak sahibi olabilecektir. MK. m. 240 ise katılma rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde, katılma alacağına sahip olması şartıyla sağ kalan eşin bu rejimden kaynaklanan aynı hakkını düzenlemektedir¹⁰⁷.

-MK. m. 652 ile eşe tanınan hak, eşin şahsına bağlı bir hak olduğundan başkasına devredilemez veya mirasçılar intikal edemez.

MK. m. 240 ve m. 652'nin uygulamasını bir örnek ile açıklayacak olursak;

Oldukça varlıklı bir kişi olan A, eşinin ölümü üzerine B ile evlenmiştir. Yeni evliler, A'nın mülkiyetindeki döşenmiş konutta oturmaya başlamışlardır. A bir yıl sonra ölmüştür. Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi sözkonusudur. Katılma rejiminin tasfiyesinde A'nın bir yıllık evlilik süresince hiçbir mal edinmediği saptanmıştır. Bu durumda, B, A'nın mirasçılardan herhangi bir katılma alacağı hakkına sahip değildir. B, bir katılma alacağına sahip olmadığına göre MK. m. 240 gereğince kendisine "Birlikte oturdukları konut ve konuttaki eşyalar üzerinde aynı hak (konut eşyasında intifa, oturma veya mülkiyet; konutta intifa veya oturma, ya da mirasçılardan haklı sebepler göstermesi üzerine mülkiyet hakkı) tanınmasını talep etmesi mümkün değildir. B, evlilik birliği süresince bir mal edinmeyen A'dan katılma alacağına sahip olmadığı için, buna mahsuben konut ve konut eşyası üzerinde MK m. 240' göre aynı hak talep edemediği halde, MK. m. 652'den yararlanabilecek ve tereke malları arasında bulunan müşterek konut ve konut eşyasında kendisine aynı hak verilmesini talep edebilecektir¹⁰⁸.

MK. m. 240/1 hükmündeki "... mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır." ifadesinden, hükmün mutlak emredici nitelikte olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Hak sahibi eşin rızası ile, yani sözleşme ile hakkın kullanımı ortadan kaldırılabilir. *GÜMÜŞ*, MK m. 240'a ilişkin olarak, hükmün emredici nitelikte bir hüküm olmadığı, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermeden önce

¹⁰⁶ KILIÇOĞLU, age, s.259.

¹⁰⁷ KILIÇOĞLU, age, s. 259.

¹⁰⁸ KILIÇOĞLU, age, s. 260.

akdedilen mal rejimi sözleşmesi ile farklı düzenlemeler getirilebileceği görüşündedir. *GÜMÜŞ*'e göre eşler arasındaki miras sözleşmesi içerisinde yer alan mal rejimsel klozlar, şekil şartını tahvil yoluyla yerine getirdiği için geçerlidir¹⁰⁹. Sağ kalan eş sözleşme ile bu haktan tamamen vazgeçebileceği gibi intifa ve oturma hakkı bir süreyle de sınırlandırılabilir. Buna karşılık, eşler bir mal rejimi sözleşmesi ile MK. m. 240 hükmünü ölüm dışındaki mal rejimini sona erdiren durumlarda da uygulanabilir kılamazlar¹¹⁰. *ACAR*, sağ kalan eşin MK. m. 240'taki hakkından sözleşme ile vazgeçmesinin MK. m. 652'teki haktan feragat anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Bunun nedeni ise MK. m. 240'ın eşler arasındaki anlaşmaya bağlı olarak yürürlükten kalkması ve fakat MK. m. 652 bakımından aynı sonucuma doğması için sağ kalan eş ile diğer mirasçılar arasında anlaşma yapılmasının gerekli olmasıdır¹¹¹.

MK. m. 240'ta sağ kalan eşe tanınacak aynı hakların aile konutu üzerinde intifa ve oturma (sükna) hakkı (MK. m. 240/I), ancak haklı sebeplerin varlığı halinde mülkiyet hakkı (MK. m. 240/III) ve konut eşyaları üzerinde ise mülkiyet hakkı (MK. m. 240/II) olacağı açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucu, konut eşyasının kullanılmakla ekonomik ömrünün tamamlanacağını, diğer mirasçıların konut eşyası üzerindeki haklarının ihlal edilebileceğini göz önünde tutarak, bunlar üzerinde sağ kalan eşe, öncelikle intifa hakkı değil, mülkiyet hakkı kullanma zorunluluğu getirmiştir¹¹². *GÜMÜŞ*'e göre, sağ kalan eş mülkiyet talebini eşyaların objektif bütünlüğünü bozmadığı sürece ev eşyalarının sadece bir kısmı üzerinde kullanabilir¹¹³. *GÜMÜŞ*, MK. m. 240/III'teki mülkiyet hakkı kavramının, eşya hukukunun dar ve teknik anlamdaki mülkiyet hakkı kavramından daha geniş olarak anlaşılması gerektiği, bu anlamda mülkiyet hakkı talebinin şahıs şirketinden yararlanmayı veya yapı üzerinde üst hakkı tesisini dahi içerebildiği görüşündedir¹¹⁴. Haklı sebebin var olup olmadığının tespitinde, sağ kalan eş ile yükümlüler arasındaki yaş farkı, mirasçılarla olan kişisel ilişkiler ve miras bırakana olan yakınlık, katılma alacağının konutun sermayeleştirilmiş intifa değeri ile arasındaki ilişki, malvarlığı kesimlerinin mevcut durumu ve denkleştirme ödemesinin olanaklı olup olmaması, sağ kalan eşin altsoyunun olmaması vb. hususlar dikkate alınır¹¹⁵. Aile konutunun ölen eşin edinilmiş malları arasında yer alması halinde, genç bir annenin küçük iki çocuğuyla kalması, ölen eşin altsoyunun bulunmuyorsa bu durum, sağ kalan eşe mülkiyet hakkının tanınmasını gerektirecek haklı nedene örnek teşkil etmektedir¹¹⁶.

MK. m. 240/son sağ kalan eşe haklı nedenin varlığı halinde aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilmesinin istisnası düzenlenmiştir. MK. m.240/son;

"Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları

¹⁰⁹ *GÜMÜŞ*, age, s. 403.

¹¹⁰ *GÜMÜŞ*, age, s. 414.

¹¹¹ *ACAR*, age, s. 173, dipnot 589.

¹¹² *KILIÇOĞLU*, age, s.240,241.

¹¹³ *GÜMÜŞ*, age, s. 415.

¹¹⁴ bkz. *GÜMÜŞ*, age, s. 415.

¹¹⁵ Bkz. *GÜMÜŞ*, age, s. 415.

¹¹⁶ *ACAR*, age, s. 168.

kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.” hükmünü haizdir.

Buna göre örneğin aile konutu olarak kullanılan konutun bir bölümünün miras bırakan tarafından bir meslek veya sanatın icrası amacıyla kullanılması ve mirasbırakanın altsoyunda yer alan bir kişinin de aynı meslek ve sanatı icra ediyor olması halinde haklı nedenin varlığına rağmen sağ kalan eşe aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tanınamayacaktır. Ancak bu istisnai durumun sözkonusu olabilmesi için önemli olan bu meslek veya sanatın aile konutu vasfını taşıyan bir konutun bir odasında veya bir bölümünde icra ediliyor olmasıdır. Konutun bütünü bu meslek veya sanatın icrası amacıyla kullanılıyorsa zaten aile konutundan söz edilemeyeceğinden MK. m. 240 hükmünün uygulanması da sözkonusu olmayacaktır. Yine MK. m. 240/3 hükmünün uygulanabilmesi için, miras bırakan ile aynı meslek veya sanatı icra edecek altsoy lehine söz konusu konuta ilişkin bir ölüme bağlı tasarrufun yapılmış olması veya paylaşırma sırasında söz konusu taşınmazın o altsoya tahsis edilmiş olması şarttır¹¹⁷.

MK. m. 240. maddenin son fıkrasında belirtilen bir diğer istisna ise tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleridir. MK. m. 659 vd. özellikle MK. m. 661 uyarınca paylaşımın belirlenmesi, eşin taşınmazın mülkiyetinden mahrum kalması mümkündür¹¹⁸.

MK. m. 240 sağ kalan eşe aile konutunun veya ev eşyasının kendisine kavuşma imkanını tanımayı amaçlamaktadır. Ancak ölen eş, ölmeden önce bu durumu önlemek amacıyla bazı ölüme bağlı tasarruflar yapabilir. Örneğin, ölen eş düzenlediği bir vasiyetname ile aile konutunu veya ev eşyasını bir başkasına miras bırakmış olabilir. Bu durumda sağ kalan eşin tenkis hükümlerinden faydalanabileceği düşünülse de tenkis hükümleri ile malın mülkiyetini veya mal üzerinde başka bir ayni hak kazanma imkanı olmayacağından MK. m. 240 hükmünün varoluş amacına ulaşamayacak ve böylece bir ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname ile hükmün etkisiz hale getirilmesi mümkün olabilecektir. Sağlar arası tasarruflar, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” şeklindeki MK. m.194 hükmünde öngörülen sınırlamaya tabi olup sağ kalan eş için bir tehlike yaratmazken¹¹⁹, ölen eşin yapmış olduğu bir ölüme bağlı tasarrufla MK. m. 240’ın sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ayni hak ve hatta haklı nedenin varlığı halinde mülkiyet hakkı tanıma imkanını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır.

KILIÇOĞLU, bu durumda ölen eşin bu vasiyetname ile sağ kalan eşin MK. m.240 ile getirilmiş olan ayni hakkını ihlal ettiği, vasiyetnamenin hukuka aykırı olduğu, vasiyetnamenin MK m. 557/b.3’e dayanılarak iptal edilebileceği ve iptal sonrasında sağ kalan eşin MK. m. 240 uyarınca kendisine tanınan hakları kullanabileceği görülmüştür¹²⁰.

¹¹⁷ GÜMÜŞ, age, s. 415.

¹¹⁸ ACAR, age, s. 168.

¹¹⁹ ACAR, age, s. 168, dipnot 573.

¹²⁰ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s.241, aynı görüş için AKINTÜRK, s. 181; ÖZUĞUR, s. 78. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Buna karşılık *GÜMÜŞ* ise MK. m. 240 hükmünde sağ kalan eş lehine tanınan talep hakkının, diğer eşin ölümü ile birlikte doğacağı, bu talep hakkının kullanılmasıyla birlikte mirasçılarının intifa ve sükna hakkı borcu altına girdiği, MK. m. 240 hükmünün bu hükümden doğan talep hakkı kullanılmaya kadar ölen eşin sözleşme yapma ve tasarruf özgürlüğünü kısıtlamayacağı, ölen eşin aile konutunu veya ev eşyalarını bir başkasına miras bıraktığı vasiyetnamenin MK. m. 240 hükmüne, yani hukuka aykırı olmayacağı ve dolayısıyla bu durumda mirasçılar tarafından iptalinin talep edilebileceği MK. m. 557 anlamında hukuka aykırı bir ölüme bağlı tasarrufun oluşmadığı görüşündedir. *GÜMÜŞ*'e göre, sağ kalan eş vasiyet alacaklısının talebi karşısında miras şirketinin ortağı olarak tescil talebinde bulunmama imkanına sahiptir ve bu da sağ kalan eşe yeterli koruma sağlayacaktır. Ancak *GÜMÜŞ*'ün görüşünden yol çıkarak sağ kalan eşin mirasçı olmadığı ihtimalini düşünürsek vasiyetname alacaklısının aile konutunu ve ev eşyasını almasına engel olunamayacaktır. Sağ kalan eşe MK. m. 240/1'de tanınan bu yenilik doğuran hak, hükmün ikinci fıkrasının lafzından da anlaşılabilir üzere yasadan doğan bir eşyaya bağlı borç ilişkisi kurmadığından bu yenilik doğurucu talebin aile konutu veya ev eşyalarının sonraki maliklerine karşı ileri sürülebilmesi olanaklı değildir. Ev eşyalarının vasiyet edilmesi halinde de aynı sonuç geçerlidir¹²¹.

YAĞCIOĞLU, MK. m. 240 diğer eşin ölümüyle mal rejiminin tasfiye edilmesi aşamasında uygulanabilecek bir hüküm olduğundan ve fakat eşlerin sağlığında aile konutu ve ev eşyaları hakkında yapacakları ölüme bağlı tasarruflar açısından bir sınırlama getirmediğinden ölen eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların MK. m. 557'ye dayanarak iptal edilemeyeceği görüşüne kısmen katılmanın gerekli olduğunu savunmaktadır. Ancak *YAĞCIOĞLU*, aynı görüşteki yazarlardan konuya ilişkin olarak sağ kalan eşin mirasçı sıfatına sahip olup olmamasının bir önemi olmadığı yönündeki görüşü ile ayrılmaktadır¹²².

ACAR, MK. m. 240'ın getirdiği sağ kalan eşe katılma alacağının ifası çerçevesinde ifa ikamesi yaratma imkanının yasada açıkça belirtildiği üzere sadece sözleşme ile yani sağ kalan eşin de rızasını almak suretiyle ortadan kaldırılabileceğinden hareketle sağ kalan eşin rızası olmadan diğer eşin bu olanağı ne sağlar arası tasarruf ile ne de ölme bağlı tasarruf ile ortadan kaldırmasının veya etkisiz hale getirmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle "nisbi emredici" nitelikte olan MK. m. 240'ı etkisiz hale getirmeye yönelik ölüme bağlı tasarrufların hukuka aykırı sayılması gerektiği görüşündedir. *ACAR*, öle eşin yapmış olduğu bu tür ölüme bağlı tasarruflarda miras hukukuna özgü saf saklı pay ihlali amacı yerine aile konutu üzerinde aynı hak tesisi olanağını bertaraf etme amacı olduğunu belirtmekte ve MK. m. 240 hükmünün ihlalinin MK m. 565'teki tenkis yaptırımının önüne geçeceğini belirtmektedir¹²³.

MK m. 240/I'de "sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır." de-

¹²¹ Bkz *GÜMÜŞ*, age, s. 407.

¹²² *YAĞCIOĞLU*, age, s. 136.

¹²³ *ACAR*, age, s. 169.

nilmektedir. O halde, aynı hak talebinde bulunan eşin katılma alacağıının istediği aynı hakkın bedeline yetmesi, yetmemesi halinde ise farkı ödemesi gerekir¹²⁴. Doktrinde aradaki değer farkının sağ kalan katılma alacaklısı eş tarafından ölen eşten olan miras payına veya sahip olduğu değer artış payı alacağına mahsup edilmesinin istenebileceği de kabul edilmektedir¹²⁵.

GÜMÜŞ'e göre, sağ kalan eşin bedel ekleme gücüne sahip olması MK. m. 240 uygulaması için gerekli bir şart değildir¹²⁶. Ancak, sağ kalan eş, ölen eşin mirasçıları ile intifa veya sükna hakkı tesisi veya mülkiyeti devir borcu doğuran borç sözleşmesini yapsa bile, işin niteliği gereği edimini öncelikle ifa ile yükümlüdür. Aynı şekilde hak sahibi eşin dava açtığı durumlarda hakim karar vermeden önce aynı hak karşılığı ödenecek bedelin (aynı hak değerinin) katılma alacağı ile karşılanmayan kısmını mahkeme veznesine yatırması zorunludur. Bu durumda tesis olunacak aynı hakkın değeri, hakim MK. m. 240'da öngörülen talebe dayalı davadaki karar anına göre belirlenir. Söz konusu belirlemede sürüm değeri esas alındığından *GÜMÜŞ*, birlikte yaşanan konuta ve ev eşyalarına ilişkin MK. m. 240'a dayalı bir aynı hak talebi söz konusu olduğunda tasfiye anındaki değer dikkate alınması yönündeki görüşlerin isabetli olmadığı görüşündedir¹²⁷. Eşin katılma alacağı yoksa, MK. m. 240'ın uygulanabilme şartlarından biri sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olması olduğundan zaten bu durumda MK. m. 240 uygulanamayacak ve eş bedel ekleyerek dahi olsa aynı hak tesisini isteyemeyecektir.

Sağ kalan eşin hak iddiasında bulunduğu aile konutu veya ev eşyasının ölen eşin mülkiyetinde (daha doğrusu terekesinde) bulunması gerekir¹²⁸. Ölen eşin aile konutu üzerindeki hakkı, tek başına mülkiyet, kat mülkiyeti, paylı mülkiyet, bağımsız üst hakkı, hatta bir tüzel kişilikteki devredilebilir pay olabilir. Ancak sağ kalan eşin katıldığı ortaklık sözleşmeleri istisna olmak üzere ölen eşin üçüncü kişilerle elbirliği ile mülkiyetinde olan konutlar bakımından MK. m. 240 hükmü uygulanmaz. Şayet aile konutu veya ev eşyası paylı mülkiyete tabi ise, MK. m. 226/2'de düzenlenen payın devri ve böylece malın bölünmeden eşe verilmesine ilişkin hüküm ile MK. m. 240 yarışır vaziyette bulunurlar, eş dilediğini seçebilir¹²⁹; zira MK. m. 226/2'de açıkça eşin kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği belirtildiğinden MK. m. 226/2'deki imkanın MK. m. 240'ı ortadan kaldırmış sayılmayacağı açıktır. Ancak *GÜMÜŞ*, MK. m. 226/II'ye dayalı paylı mülkiyet payının devri talebinin, MK. m. 240'a dayalı talepten feragat anlamı taşıdığı görüşündedir ve ölen eşe karşı katılma alacağına sahip olmayan eşin mecburen MK. m. 226/II'ye dayalı olarak talepte bulunabileceğini belirtmektedir¹³⁰.

¹²⁴ *GÜMÜŞ*, age, s. 406.; İsviçre Hukukunda mevcut farkın büyük olduğu hallerde MK. m. 240/1'e dayalı talepte bulunulamayacağına ilişkin görüşlerin mevcut olduğu hakkındaki bilgi için bkz. *GÜMÜŞ*, age, s. 410, dipnot 640.

¹²⁵ Bu görüş için bkz. ZEYTİN, age, s. 234, 235; SARI, age, s. 286; YAĞCIOĞLU, age, s. 115.

¹²⁶ *GÜMÜŞ*, age, s. 410; aksi yöndeki görüş için bkz. YAĞCIOĞLU, age, s. 116.

¹²⁷ Bkz. *GÜMÜŞ*, age, s. 410, dipnot 642.

¹²⁸ *GÜMÜŞ*, age, s. 414.

¹²⁹ ACAR, age, s. 170, dipnot 580.

¹³⁰ Bkz. *GÜMÜŞ*, age, s. 411.

Eğer aile konutuna veya ev eşyaları üzerinde elbirliği halinde mülkiyet sözkonusu ise, örneğin her iki eş de ortak miras bırakana mirasçı iseler¹³¹, ortak eşin ölümüyle birlikte iki ihtimal sözkonusu olacaktır. Birinci ihtimalde ortak eşin ölümüyle elbirliği ilişkisi bozulacak ve ölen eşin yerine onun mirasçıları geçecektir. Bu durumda MK. m. 240 hükmü uygulanabilecek iken ikinci ihtimal olan ölen eşin mirasçılarıyla birlikte elbirliğinin devam etmesi durumunda MK. m. 240 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

Bir diğer tartışılmalı konu, MK. m.240'ta sadece katılma alacağından söz edildiğinden ve fakat değer artış payından söz edilmediğinden sırf değer artış payı alacağına sahip olan eşin veya katılma alacağı ile birlikte değer artış payı alacağına sahip olan eşin MK. m. 240'tan yararlanıp yararlanamayacağıdır. Katılma alacağının ve değer artış payının ödenmesi ve ertelenmesine ilişkin MK. m. 239 hükmünde hem katılma alacağından ve hem de değer artış payından bahsedildiği halde MK. m. 240'ta sadece katılma alacağına yer verilmiştir. ACAR, katılma alacağı ile değer artış payı her ikisi de tasfiye bünyesinde eşlerin birbirlerine karşı sahip oldukları alacak türleri olduğundan, tasfiye sürecindeki aynı hak tesis olanağı karşısında farklı bir rejimi gerektirir yönleri olmadığı görüşündedir¹³². ACAR'a göre, değer artış payının aynı hak tesisi talep edilen mala ilişkin olması gerekmez. Ancak GÜMÜŞ, ACAR'ın aksine ancak aynı hak tesisi talep edilen mala ilişkin değer artış payının MK. m. 240 hükmünün uygulanmasına imkan vereceği görüşündedir.

Sağ kalan eşin MK. m. 240'ta kendisine tanınan aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tesisini talep edebilme imkanı haklı sebeplerin varlığının yanı sıra amaç koşulunun da gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır. Buradaki amaç koşuluyla kastedilen "*Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için ...*" şeklindeki kanun hükmünün lafzından da açıkça anlaşıldığı gibi "*sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirme amacı*"dır. MK. m.240 hükmüne göre sağ kalan eşe aile konutu üzerinde kural olarak devir ve miras yoluyla intikal edilemeyen zorunlu şahıs lehine irtifak hakları olan intifa ve oturma hakkının tanınmasının da temelinde de bu amaç bulunmaktadır. Nitekim madde hükmünde sağ kalan eş lehine devir ve intikal edilebilen üst hakkının tesisi imkanı tanınmamıştır. Bu nedenle burada sağ kalan eş "*haklı sebepler*" in varlığının yanı sıra amacının "*eski yaşantısını devam ettirmek*" olduğunu da ispat etmekle yükümlüdür. Sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilebilmesi için hem amaç koşulunun gerçekleşmesi hem de haklı sebeplerin bulunması gerekmektedir. Bunlardan birinin mevcut olmaması halinde sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tesisine yönelik talebi reddolunacaktır. Hayatta kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilme ihtiyacı, MK. m. 240'a dayalı talep hakkının kullanıldığı an itibariyle değerlendirilir¹³³. Eşlerden birinin ölümüyle sağ kalan eşin konutu her durumda değişecekse kendisi aile konutuna ilişkin talepte bulunamaz¹³⁴. Hayatta kalan eşin başka biriyle evlenmesi veya evlilik dışı hayat sürmesi bu şartın ortadan kalkması sonucunu doğurmaz¹³⁵. Örneğin mülkiyet talebinde bulunan eşin, hastalığı veya ihti-

¹³¹ ACAR, age, s. 170, dipnot 580.

¹³² ACAR, age, s.171.

¹³³ GÜMÜŞ, age, s.411.

¹³⁴ GÜMÜŞ, age, s. 411.

¹³⁵ ZEYTİN, age, s. 232.

yarlığı veya adetler gereği çocuklarının yanına taşınması pek muhtemel ise, amaç koşulu gerçekleşmemiş olduğundan bu talebi dinlenmeyecektir. Yine ikinci bir konutu olduğu halde samimi olarak eski yaşantısını devam ettirebilmek için mülkiyet talebinde bulunan eşin bu talebi de haklı sebep yokluğu nedeniyle reddedilecektir.

MK. m. 240 hükmünün uygulanabilmesi için aile konutu ve ev eşyasının edinilmiş mal olması gerekmez. (burayı gümüş s. 403 ten oku, alıntı ve dipnot koy.) Kişisel mal üzerinde de katılma alacağı elverdiği sürece aynı hak tesisini talep etme imkanı vardır¹³⁶ yeter ki ölen eş aile konutu üzerinde mülkiyet veya mirasçılara intikal edebilen başka bir aynı hakka sahip olsun. Aile konutu olan kullanılan bağımsız bölümde kat mülkiyetine geçilmiş olup olmaması, buranın kat irtifakına tabi olması dahi MK. m. 240'ın uygulanmasına engel olmaz¹³⁷. Ölen eş, aile konutu üzerinde otuma hakkı veya üst hakkına sahip olabilir. Ancak oturma hakkı devir ve intikal edebilen bir hak olmayıp bir zorunlu şahsi irtifak hakkı olduğundan ölümle sona erecek ve dolayısıyla MK. m.240 hükmünün uygulanması mümkün olamayacaktır. Aile konutu üzerinde ölen eşin sahip olduğu üst hakkı ise devir ve intikal edebilen bir haktır ve ölen eşin mirasçılara geçer. Bu durumda üst hakkı üzerinde sağ kalan eşin MK. m. 240 gereğince intifa ve oturma hakkı tesisini talep etmesi mümkündür. Bir irtifakın başka bir irtifaka konu edilebilmesi irtifakın bağımsız ve sürekli oluşuna ve aynı zamanda tapuda ayrı bir sayfa açılmış olmasına bağlıdır¹³⁸. MK. m. 240 uyarınca aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine intifa ve oturma hakkı tesis edilirken “bağımsızlık” ve “süreklilik” şartları aranacaktır. Ancak sağ alan eş lehine MK. m. 240 uyarınca mülkiyet hakkı tesis edilecekse, sadece “bağımsızlık” şartının mevcudiyeti yeterlidir; zira geniş anlamda mevcut sınırlı aynı hakkın olduğu gibi devri sözkonusu olacaktır. *GÜMÜŞ*, MK. m. 240'taki “mülkiyet” kavramının geniş anlamda kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. (buraya gümüşten alıntı ve atıf yap.)

Mal rejiminin tasfiyesinden sonra eşin eski düzeninin sürdürülmesini sağlamaya yönelik olan MK. m. 240 hükmünün amacını anlamamızda bize yardımcı olacak olan, eşleri ve evlilik birliğini korumak amacıyla getirilmiş olan bir hüküm de MK. m. 194 hükmüdür. MK. m. 194/1 hükmü, eşlerden birinin diğerinin açık izni olmadan aile konutunu devredemeyeceği veya ile konutunu haklarla sınırlayamayacağını öngörmektedir.

10. KARŞILIKLI ALACAKLARIN TAKAS EDİLMESİ

Takas, karşılıklı olarak hem alacaklı ve hem de borçlu olan iki kişiden en az birinin tek taraflı ve ulaşması gereken irade beyanıyla aynı cinsten ve muaccel iki alacaktan az olanın büyüklüğüne alacağın sona ermesini sağlayan yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Takas beyanının hüküm doğurması için, beyanda bulunanın hangi alacağı takas ettiğini açıkça belirtmesi gerekmektedir.

Takasta *mumaselet şartı*¹³⁹, karşılıklılık şartı ve *muaccelliyet şartı* bulunmaktadır. Mumaselet şartı, takasa konu alacakların aynı cinsten olmalarını ifade eder. Aynı

¹³⁶ ACAR, age, s. 171,172.

¹³⁷ ACAR, age, s.172, dipnot 586.

¹³⁸ ACAR, age, s.172.

¹³⁹ *Mumaselet şartı*: Karşılıklılık şartı.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

cinsten olan alacakların aynı miktarda olmaları gerekmez. Karşılıklılık şartı ise, takası ancak alacak ve borçlarının aynı hukuki ilişkiye dayanması zorunluluğu bulunmayan karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu olan kişilerin yapabileceğini ifade eder. Takas beyanı şekle ve şarta bağlı değildir. Takas beyanı kurucu yenilik doğuran hak niteliğinde olup tek taraflı ve ulaşması gereken bir irade beyanı olduğundan beyan karşı taraf ulaşınca hükümlerini doğurur ve geri alınmaz.

Belirtilmelidir ki, Borçlar Kanunu'nun takas hakkındaki hükümleri emredici nitelikte değildir, taraflar aksini kararlaştırabilirler. Yani takas şartlarını taşımayan iki alacağın takas edilmesi tarafların anlaşmasıyla mümkündür¹⁴⁰.

MK. m. 236/II, eşlerin karşılıklı olan alacaklarının takas edilmesine imkan sağlamıştır. MK. m. 236/II;

“Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.” Hükümünü haizdir.

Borçlar hukuku genel hükümlere göre, takas borcu sona erdiren hallerdendir ve kanunkoyucu takası borçlunun takas dermeyeranında bulunmasına bağlı tutmuştur. Nitekim BK. m. 122/1'de “Takas, ancak borçlunun takası dermeyeran etmek kasdını alacaklıya bildirmesiyle vaki olur.” denilmektedir. Ancak kanunkoyucu MK. 236/2 hükmünde, lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere takasla ilgili genel hükümlerden ayrılmış ve eşlerin karşılıklı alacaklarının takasını, takasın iradiliğini ortadan kaldırır tarzda kaleme almış¹⁴¹ ve talep koşuluna bağlı tutmamıştır. *KILIÇOĞLU*'na göre böylece eşlerden biri takas definde bulunmasa da tasfiye sırasında hakim bunu resen göz önünde tutabilecektir. Takas, eşlerin birbirinden olan her türlü alacağı için gündeme gelebilir. Buna göre, eşlerin birbirlerinden karşılıklı alacakları eşlerin karşılıklı katılma veya değer artış payı alacağı olabilecekleri gibi karşılıklı alacaklar, bir eşin diğerinden olan katılma alacağı ve borçlu eşin ondan bir ödünç nedeniyle sahip olduğu alacağı olabilir¹⁴². Ancak *ACAR*, *KILIÇOĞLU*'ndan farklı olarak, sırf mal rejimi tasfiyesine özgü takas imkanını bu şekilde genişletmenin doğru olmadığı gerekçesiyle, resen takas olanağının yalnızca artık değer alacakları, yani değer artış payı ve denkleştirme alacakları için sözkonusu olabileceği, eşlerin tasfiye ile ilgisi olmayan alacaklarının ise resen takas edilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir¹⁴³. *GÜMÜŞ* de aynı görüşü desteklemektedir. Bununla birlikte *ACAR*, pratik açıdan bakıldığında daima, tasfiye sırasında kendisinden katılma alacağı talep edilen eşin, mal rejimine özgü takas olanağına dahil olmayan alacağını takas etmeken geri durmayacağını da belirtmektedir¹⁴⁴.

11. KATILMA ALACAĞININ AZALTIKMASI VEYA REDDİ

TBMM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında koalisyon ortakları, edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olmasına karşı çıkıp; kanun taslağında olduğu gibi paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olmasında, katılma rejimi

¹⁴⁰ OĞUZMAN / ÖZ, age, s. 445-446.

¹⁴¹ ACAR, age, s.180.

¹⁴² KILIÇOĞLU, age, s.244.

¹⁴³ Bkz. ACAR, age, s.181.

¹⁴⁴ Bkz. ACAR, age, s. 181, dipnot 622.

minin ise, seçimlik rejim haline getirilmesinde direnmişlerdir¹⁴⁵. Bu direnişi gösteren milletvekilleri, bazı hükümlerde değişiklik yapılması koşuluyla katılma rejiminin yasal mal rejimi olmasını kabul etmişlerdir. Yapılması şart koşulan değişikliklerden biri de “Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına kara verebilir” hükmünün MK m. 236 ve m.255’e ikinci fıkra olarak eklenmesidir. *KILIÇOĞLU*, eklenen bu hükmün katılma rejiminin mantığı ve kabul edilmiş gerekçeyle bağdaşmayacağı görüşünde olup yapılan bu değişikliği eleştirmektedir. Katılma rejiminin çıkış noktasını, eşlerin evlilik süresince emek karşılığı edindiği mallarda eşit hak sahibi olması oluşturmakta iken bir eşin zina etmesi ya da diğerinin canına kast etmesi halinde uygulanabilecek pek çok yasal yaptırım varken, bu eylemlerin yıllarca verilmiş olan emeğin inkar edilmesi ve katılma alacağı hakkının reddedilmesi yaptırımıyla da karşılaşması büyük bir haksızlıktır¹⁴⁶. *KILIÇOĞLU*, maddeye eklenen bu hükmün ülkemizde sadece zina eden kadınlar için uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. *GÜMÜŞ* de, söz konusu düzenlemenin, temelde edinilmiş mallara katılma rejiminde kabul edilen “artık değere katılma”nın ruhuna aykırı nitelikte olduğunu söylemekte ve bu değişiklikle bizzat katılma alacağı vasıta kılınarak bir medeni hukuk cezası getirmekte olduğunu belirterek yapılan değişikliği eleştirmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değerlere karşılıklı katılımın temel hareket noktasını eşlerin edinilmiş mallarının bizzat eşlerin ortak çabasıyla oluşturulması düşüncesinin oluşturduğunu belirten *GÜMÜŞ*, salt eşin evlilik birliğinin sona erme sebebine yol açan davranışı nedeniyle evlilik birliği sona erdiğinde evlilik sırasındaki çabalarının sonuçlarından mahrum edilmesinin kabul edilemez bir sonuç olduğu görüşünü savunmaktadır. Ayrıca, zina yapan eş, Türk Ceza Hukuku çerçevesinde zina suç olmadığı için cezalandırılmazken, MK. 236/II hükmü çerçevesinde dolaylı yoldan ve ekonomik olarak cezalandırılacaktır¹⁴⁷.

MK. m. 236’da hakim tarafından katılma alacağının reddi ya da azaltılması eşin zina ya da cana kast eyleminde bulunması şartına bağlanmıştır. Zina veya cana kast nedeniyle açılan boşanma davalarında boşanmaya hükmedilmesi üzerine kesinleşen boşanma hükmü, katılma alacağına ilişkin davada bu eylemlerin sabit olduğuna ilişkin delil teşkil edecektir. MK. m. 236’ya göre hakim, zina veya cana kastın varlığı halinde, katılma alacağı talebini ya tamamen reddedecek veya bu alacaktan indirim yapacaktır. *KILIÇOĞLU*, hakimin takdir yetkisini kullanırken bu hükmün yasaya nasıl girdiğini, göz önünde bulundurarak katılma alacağı talebinin tamamen reddi yerine ılımlı bir oranda indirilmesi yönünde hüküm kurmasının daha adil olacağı kanısındadır¹⁴⁸.

¹⁴⁵ *KILIÇOĞLU*, age, s. 242.

¹⁴⁶ Bkz. *KILIÇOĞLU*, age, s. 242.

¹⁴⁷ Aynı görüş için, bkz. *SARI*, age, s. 230; *HATEMİ*, s. 99; *ATEŞ*, Turan, Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2005, s. 54; *ACAR*, age, s. 155.

¹⁴⁸ *KILIÇOĞLU*, age, s.243.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

12. RED, ÇIKARMA, YOKSUNLUK VE FERAGATİN YASAL MAL REJİMİ KAPSAMINDA ETKİLERİ

12.1. MİRASIN REDDİ

MK m. 220'de kişisel mallar düzenlenmiştir. Miras yoluyla intikal eden malvarlığı değerleri de kişisel mallar arasında yer almaktadır. Böylece eşler kişisel mal sayılan kendilerine miras yoluyla intikal eden malvarlığı değerlerini yönetme, yaralanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Bunun gibi her eş kendisine miras yoluyla kalan malvarlığı değerleri üzerinde red yoluyla tasarruf edebilecektir. Edinilmiş mallara katılma rejimi bağlamında diğer eşin buna engel olması sözkonusu olamayacaktır¹⁴⁹. Mal ayrılığı rejimi ile paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de aynı durum sözkonusu iken genel mal ortaklığı ve diğer mal ortaklıklarında aksi yönde anlaşma yapılmamış olması kaydıyla mirası reddetmek diğer eşin iznine tabidir¹⁵⁰.

Eşlerden birinin ölümü ile sağ kalan eş mirasçı sıfatına sahip olacaktır. Mirasın reddi miras hakkına bağlı bir hak olduğundan sağ kalan eş ölen eşinden kendisine kalan mirası reddedebilecek ve bu durumda sanki kendisi eşinden önce ölmüş gibi işlem yapılacaktır. Ancak sağ kalan eşin mirası reddetmiş olması katılma alacağından vazgeçtiği anlamına gelmez, yasal olarak da katılma alacağını elde etmesine engel oluşturmaz¹⁵¹. Zümre mirasçılarının mirası reddetmeleri halinde eşin birlikte mirasçı oldu zümrenin değişmesi sözkonusu ise miras payında artış olabilir ancak eşin katılma alacağında herhangi bir artış olmaz. Bu artış miras hakkına ilişkin bir artış olup katılma alacağı ile ilgisi bulunmadığından mal rejimine ilişkin tasfiyede göz önünde bulundurulmaz.

12.2. MİRASTAN ÇIKARILMA

Eşlerin mal rejimi süresince MK m. 510'da sınırlı olarak sayılan miras bırakana veya yakınlarına ağır bir suç işlenmesi veya miras bırakana ya da ailesine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklere aykırı davranılması sebepleriyle kendi mirasçılarını mirastan çıkarması mümkündür. Bu durumda mirastan çıkarılan mirasçılar mirasbırakandan önce ölmüş gibi işlem görürler. Tıpkı mirasın reddinde olduğu gibi mirastan çıkarılmada da bu durum etkileri yalnızca miras hukuku bakımından göstermekte ve fakat mirastan çıkarılan şahsın katılma alacağının varlığını etkilememektedir. MK m. 510'de sayılan çıkarılma sebeplerinden aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali ve ağır suç bağlamında değerlendirilmesi mümkün olan zina ve hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin rtık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilmektedir. Yani boşanma durumunda zina yapan veya cana kast eden kusurlu eşin katılma alacağı hakim eliyle azaltılabilecek, böylelikle cezalandırılmış olacak; ölüm durumuna özgü olarak da miras bırakan çıkarma yoluyla miras hakkından sağ kalan eşi yoksun bırakabilecek, yine miras hukukuna özgü cezalandırma sözkonusu olacaktır¹⁵². Boşanma durumunda eş mirasçılık sıfatını kaybedeceğinden mirastan çıkarmanın uygulanabilir-

¹⁴⁹ ACAR, age, s.182.

¹⁵⁰ Bkz. ACAR, age, s.183.

¹⁵¹ ACAR, age, s.183.

¹⁵² ACAR, age, s.184.

liği sözkonusu değildir. Zina nedeniyle boşanma davası açılması, dava devam ederken davacı eşin tedbiri elden bırakmayıp zina yapan eşi mirastan çıkarması, fakat davacı eşin dava sonuçlanmadan ölmesi üzerine açılmış boşanma davasına çocuklarının devam etmesi durumunda, davaya devam eden hakim davalı eşin kusurlu olduğunu tespit ederse evlilik birliğinin dava açıldığı gün itibariyle sona erdiği yönünde hüküm tesis edecek ve aynı tarih itibariyle davalı eşin mirasçılık sıfatı da sona erecektir. Bu durumda davacı ölen eşin zina yapan eşi mirastan çıkarmasının pratikte bir önemi kalmayacaktır. Hakim MK. m. 236/II hükmünü olaya uygulayabilecektir. Eğer ölen davacı eşin çocukları davaya devam etmezlerse açılmış dava kendiliğinden son bulacak, ölüm anında evlilik birliği devam ettiğinden kusurlu eş mirasçılık sıfatını kazanacaktır. Davacı eşin boşanma davası açmanın yanı sıra kusurlu eşi mirastan çıkarması işte bu durumda önem arzedecektir. Ancak bu kez de kusurlu eşin katılma alacağı etkilenmeyecek, eş katılma alacağına tam olarak hak kazanacaktır.

12.3. YOKSUNLUK

Mirastan yoksunluk MK. m. 578'de dört bent halinde sayılan fiillerin yapılmasıyla mirasçılık sıfatının kendiliğinden yitirilmesine neden olur. MK. m. 578/I'e göre, miras bırakanı kasden veya hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden kimse mirastan yoksun hale gelir. Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim kusurlu eşin artık değere katılma oranını azaltabileceğinin düzenlendiği MK. m. 236/II hükmü mirastan yoksunluk bakımından da önemi haizdir. MK. m. 578'de miras bırakanın kasten öldürülmesi veya öldürmeye teşebbüs edilmesinden bahsedilirken MK m.236/II'de ise zina veya hayata kasttan söz edilmektedir. Bu iki maddedeki "hayata kast" ile "öldürmeye teşebbüs" kavramlarının eş anlamlı olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda eşin hayatına kast eden (yani öldürmeye teşebbüs eden) kimse, şayet eşini öldürmeyi başarır ve evlilik ölümle sonuçlanırsa mirastan yoksun kalacak, eşinin ölmemesi halinde evlilik boşanma davası açılması ile neticelenirse katılma alacağının hakim eliyle azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün olabilecek, ancak eşinin ölmemesine rağmen boşanma davası açılmaması halinde yine mirastan yoksun kalacaktır¹⁵³.

Cana kast nedeniyle boşanma davası açıldıktan sonra davacı eşin davalı eşi öldürmesi durumunda, mirastan yoksunluk sözkonusu olacaktır. Bu durumda katılma alacağının MK m. 236/II uyarınca hakim eliyle azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün müdür? ACAR, çiftin çocuklarının davaya devam etmesi durumunda hakimin kusur tespitini yaparak MK. m. 236/II'deki yetkisini kullanıp katılma alacağının azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması yönünde hüküm tesis edebileceği görüşündedir.

Mirastan yoksun kalma, yoksun kalan eşin sadece mirasçılık hakkına etki etmekte, katılma alacağını tam olarak almasına engel teşkil etmemektedir. Burada bir kez daha hatırlatmak isteriz ki hakimin katılma alacağını azaltabilmesi veya ortadan kaldırabilmesi ancak MK. m.236/II uyarınca boşanma davasında mümkün olacaktır.

¹⁵³ ACAR, age, s. 185.

12.4. MİRASTAN FERAGAT

Mirastan feragat de ister ivazlı ister ivazsız olsun mirasçılık sıfatını sona erdiren bir durumdur. Mirastan feragat eden mirasçı, miras bırakanın ölüm günü yaşamıyormuş gibi işlem yapılır. Mirastan feragat yine mirasçılık sıfatına ve miras hakkına ilişkin olduğundan yalnızca mirasçılık sıfatının kaybına neden olacak ve fakat eşin mal rejiminin tasfiyesi sonucu elde edeceği katılma alacağında bir azalma meydana getirmeyecektir.

Eşler, edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken, MK. m. 237/I uyarınca mal rejimi sözleşmesi ile; katılma alacağından vazgeçebilirler. Eş ve mirasçılar ayrıca, mal rejimi sona erdikten sonra, tasfiye sırasında ya da tasfiyeden sonra da katılma alacağından vazgeçebilirler. Alacak hakkı niteliğinde olan katılma alacağından bu şekilde vazgeçme ancak kanunen geçerlilik şartına tabi olmayan bir ibra sözleşmesi ile mümkün olabilir. Eşlerden biri, tasfiye davası açmaktan vazgeçmiş ise, bu durum katılma alacağından da vazgeçtiği anlamına gelmektedir. Katılma alacağından vazgeçme durumu, hakim önünde tutanak imzalanarak da gerçekleştirilebilir¹⁵⁴.

12.5. KATILMA ALACAĞI HAKKI İLE MİRAS HAKKI ARASINDA FARKLAR

Eşin aynı anda sahip olabileceği katılma hakkı ile miras hakkı birbirinden tamamen farklı ve bağımsız iki haktır. İki hak arasındaki farklar şu şekilde özetlenebilir;

- Katılma alacağı hakkı aile hukukuna özgü bir hak olup edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması sonucu sadece evlilik süresince edinilen mallardan doğan bir haktır. Miras hakkı ise miras hukukuna özgü bir hak olup öle eşin edinilmiş malları ve kişisel malları da dahil olmak üzere tüm malvarlığı üzerinde doğan bir haktır. Miras hakkı mal rejiminin varlığını etkilemez ancak örneğin edinilmiş mallara katılma rejiminde ölen eşin terekesi sağ kalan eşin katılma alacağı oranında azaldığından mirasçılar katılma alacağı oranında daha az miras payı alacaklar ve bu suretle katılma alacağının miktarını etkilenebilecektir.

- Katılma alacağı bir alacak hakkıdır. Katılma alacağı şahsi bir hak olduğundan herkese karşı ileri sürülemez, sadece borçlu eşe veya ölmesi halinde mirası reddetmemiş mirasçılara veya şartları mevcut olduğu halde MK m. 241 gereğince üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilir. Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye sonunda katılma alacağına sahip olan eş, borçludan tamamen şahsi nitelikte bir hak elde eder. Bunun istisnasını, MK m. 240'daki koşulların bulunması halinde, sağ kalan eşin konut ve konut eşyasında katılma alacağına mahsuben aynı hak talep edebilmesi oluşturur¹⁵⁵. Miras hakkı ise mutlak ve aynı bir hak olup herkese karşı ileri sürülebilir ve tereke üzerinde elbirliği halinde hak sahipliğini, bu bağlamda taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde (elbirliği halinde) mülkiyet hakkının doğmasını sağlar¹⁵⁶. Burada aynı hak - şahsi hak ayrımı gündeme gelmektedir.

¹⁵⁴ GÜMÜŞ, bu durumu eleştirmektedir. GÜMÜŞ'e göre, katılma alacağını hesaplamak istemeyen hakimler eşleri (özellikle kadını) katılma alacağını istememeye manevi olarak zorlayabilir ve eşleri zor durumda bırakabilir. (bkz. GÜMÜŞ, age, s. 401).

¹⁵⁵ KILIÇOĞLU, age, s.261.

¹⁵⁶ ACAR, age, s.187.

• Katılma alacağı eşin evlilik süresince elde edilen mallara katkısının karşılığı iken miras hakkı ölen kişiye mirasçı olmaktan kaynaklanmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, ölüm halinde sağ kalan eş katılma rejiminde sadece edinilmiş mallardan artık değer varsa, bunda yarı oranında nakdi alacak hakkına sahip olacak; ölenin kişisel malları ve edinilmiş malları olmak üzere tüm malvarlığı terekeyi oluşturacaktır. Katılma alacağı borçlusunu eş öldüğünde, ölenin katılma rejiminden doğan borcu bir tereke borcu olup mirası reddetmemiş mirasçılar bu borçtan müteselsilen sorumludurlar. Terekeden katılma alacağı borcu ödendikten sonra, mirasçılar net terekeyi aralarında miras payları oranında paylaşacaklar ve sağ kalan eş terekeden katılma alacağı dışında mirasçı sıfatıyla miras hakkını da alacaktır¹⁵⁷. Dolayısıyla ölüm halinde sağ kalan eşin katılma rejimi nedeniyle önce ölen kişinin malvarlığının yarısını alması, kalan diğer yarısından da miras hakkını alarak terekede aslan payına sahip olması, öte yandan ölenin çocuklarına mirastan hiç bir şey kalmaması yönündeki algılayışın yanlışlığı ve haksızlığı açıkça ortadadır¹⁵⁸.

Katılma Alacağının Hukuksal Niteliği, Ödenmesi ve Hakim Kararıyla Ortadan Kaldırılması

İsviçre Hukukunda katılma alacağı kural olarak bir para alacağıdır. Borçlu eş, alacaklı eşin rızası olmadan para dışındaki maddi bir edimle borcunu yerine getiremez. Türk Hukukunda ise katılma alacağının ifası “soyut değer borcu” olarak düzenlenmiştir¹⁵⁹. Buna göre, borçlu eşe, katılma alacağı ile borçlandığı “değeri” ayın veya para olarak (fakat her halukarda iş görme edimi dışındaki bir maddi edim olarak) sağlayabilmesi hususunda bir seçim hakkı tanımıştır. Bu seçim hakkının konusu borçlu eşin borçlanılan değerle sınırlı olarak yerine getirilecek maddi edimin türünü belirlemeye yöneliktir¹⁶⁰. Buna göre katılma alacağının borçlusunu olan eş, yasanın tanıdığı seçme hakkına dayanarak ödemeyi ayın veya para olarak yapacağını alacaklı eşe bildirmesiyle, borçlanılan değeri, seçtiği edim araçları ile yerine getirmek zorunda kalır. Bu durumda, borçlu eş, mevcut değer vadesinde karşılanmaması halinde, borçlanılan değeri ayın olarak sağlamayı tercih etse dahi, borçlandığı para dışındaki maddi edimi yerine getirmemesi nedeniyle sanki bir para borcu söz konusuymuş gibi, temerrüd faizi ödemek zorunda kalacaktır. *GÜMÜŞ*'e göre; Medeni Kanunumuz 239/I uyarınca, borçlu eş borcunu ayın olarak ifa ederken bir mesleğin icrası için tahsis olunan malları veya bir işletmesel (ekonomik) bütünlük oluşturan malları ayırarak ifada bulunamaz zira bu hüküm ayın olarak kullanılan mallardan yararlanılabilirliğin korunmasını amaçlamaktadır. Ancak aynı konu hakkında Kılıçoğlu hükme ilişkin tarihi yorum metodu çerçevesinde farklı yaklaşımlarda bulunmuştur. Aynen ifada, malların rayiç (sürüm değeri) bedeli esas alınır¹⁶¹.

¹⁵⁷ Bkz. KILIÇOĞLU, age, s. 262.

¹⁵⁸ Bkz. KILIÇOĞLU, age, s. 263.

¹⁵⁹ GÜMÜŞ, age, s. 393.

¹⁶⁰ GÜMÜŞ, age, s. 394.

¹⁶¹ GÜMÜŞ, e göre; MK m. 233 hükmü burada kıyasen uygulanmalıdır. Ancak SARI'ya göre (age, s.246); rayiç bedel olarak ifanın gerçekleştiği andaki değer esas alınmalıdır. ZEYTİN ise (age, s. 226); katılma alacağının muaccel olduğu anı esas almak gerektiğini düşünmektedir.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

KAYNAKÇA

- ACABEY, Beşir**, Evlilik Birliği'nde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998.
- ACABEY, Beşir**, Evlilik Birliği'nde Yasal Mal Rejimi Kitabına Ek, İzmir, 2004.
- ACABEY, Beşir**, Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, II. Cilt, İstanbul, 2001.
- ACAR, Faruk**, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, 2007.
- ACAR, Faruk**, Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2006/1.
- ACAR, Faruk**, Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara, 2003.
- AKKANAT, Halil**, Boşanma Hukuku'nda Ne Değişti, Hukuki Perspektifler Dergisi, İstanbul, 2004.
- AKINTÜRK, Turgut**, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971.
- AKINTÜRK, Turgut**, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uygulanmış Aile Hukuku, 2. Cilt, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2004.
- ATEŞ, Turan**, Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2005.
- BARLAS, Nami**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü Ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992.
- CANYÜREK, Murat**, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, 1. Baskı, 2003.
- CEYLAN, Ebru**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yenilikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, II. Cilt, İstanbul, 2002.
- DURAL- ÖĞÜZ- GÜMÜŞ**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2008.
- GENÇCAN, Ömer Uğur**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Ankara, 2007, Kısaltma: GENÇCAN-TMK-2, s. 1893-1895.
- GENÇCAN, Ömer Uğur**, Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 1. Basım, Ankara, 2002.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, 1. Bası, İstanbul, Ocak, 2008.
- KAÇAK, Nazif**, Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, 1. Bası, Ankara, 2004.
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku, Ankara 2004.
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Ankara, 2002.
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukuku'na Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2004.
- MOROĞLU, Nazan**, Medeni Kanunda Mal Rejimleri, İstanbul, 2002.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, 2000.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2004.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Mal rejimleri, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2007.

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

SAYMEN, Ferit H. / ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, C.II, İstanbul, 1958.

ŞIPKA, Şükran, Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler, Prof.Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 1988.

UYGUR Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007.

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

EFFICIENCY ANALYSIS OF MUTUAL FUNDS IN TURKEY (TÜRKİYE'DEKİ YATIRIM FONLARININ VERİMLİLİK ANALİZİ)

Araş. Gör. / Res. Asst. Ahmet ÖZCAN*

ÖZET

Bu çalışmada, Türkiye'de işlem gören yatırım fonlarının performansı değerlendirilmiştir. Karar birimlerinin etkinliğinin ölçülmesine izin veren veri zarflama analizi uygulanmıştır. Veri zarflama analizi, birden fazla girdi ve çıktıyı dikkate alan yatırım fonları performans endeksinin oluşturulmasına izin vermektedir. Etkin olmayan karar birimlerinin etkin olmak için referans almaları gereken karar birimleri, veri zarflama analizi yardımı ile belirlenebilir. Gelişmekte olan piyasalardan biri olan, Türkiye'deki finansal piyasa bir çok yabancı yatırımcının ilgisini çekmektedir. Yatırım fonları, Türkiye'deki en önemli finansal yatırım araçlarından biridir. Türkiye'de yatırım fonları genellikle A Tipi ve B Tipi olarak ikiye ayrılır. A Tipi yatırım fonlarının en az 25% oranında hisse senetleri piyasasına yatırım yapması gerekmektedir. B Tipi yatırım fonları için ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Eylül 2010 tarihinde net varlık değeri en yüksek olan 15 A Tipi ve B Tipi yatırım fonu veri zarflama analizi için seçilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yatırım fonları, veri zarflama analizi, etkinlik, performans değerlendirme.

ABSTRACT

This paper aims to evaluate the performance of mutual funds in Turkey. This model applies an operational research methodology, called as data envelopment analysis, which allows to measure the relative efficiency of decision making units. This approach permits to define the mutual fund performance indexes that can take into account several inputs and outputs. Benchmarking units can be determined by performing data envelopment analysis. As an emerging market, financial markets in Turkey attract much interest from around the world. Mutual fund is one of the most important financial instruments in the financial markets in Turkey. There are two different types of mutual funds in Turkey, Type A and Type B. Type A mutual funds are required to invest minimum 25% of their assets into equities issued by Turkish companies. There are no such obligations in Type B mutual funds. Fifteen A type and B type mutual funds which have the highest net asset value on September 2010 are selected for the empirical analysis.

Keywords: Mutual funds, data envelopment analysis, efficiency analysis.

* Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Management, e-mail: ahmet.ozcan@yeditepe.edu.tr

1. Introduction

As the world economy is becoming much more globalized than before, investors attempt to use different financial instruments in order to make profit in the financial markets. Mutual funds represent one of the fastest growing types of financial instruments in the world economy. Today, mutual fund investments approximately account 90% of investment in the global financial markets.

There is a common myth about the origination of the mutual funds. Many people think that mutual funds were created in financial markets located in the United States of America. Contrary to common belief, mutual funds are not created in the US financial markets. The concept of mutual funds was born in England. British and Scottish investment companies helped to finance the economy of United States after the Civil War that took place between the 1861 and 1865. British and Scottish investment companies invested the money they had into farm mortgages, railroads, and other industrial companies.

The number of mutual fund investor in Turkish financial markets has reached 2.960.000; the total net asset value of mutual funds is approximately 29 billion US dollars, 293 mutual funds traded in the financial market (CMB Turkey, 2010). As the mutual fund industry grows up in terms of the number of investor and net asset value, to measure the performance of the mutual funds is increasingly needed in the Turkish financial markets. There are limited number of studies which aim to conduct empirical analysis of the performance of Turkish mutual funds.

2. The Performance Evaluation Methods of Mutual Funds

Since mutual funds history goes back farther than 100 years, there are various methods in mutual fund performance evaluation. All these methods aim to accurately measure the performance of the mutual funds.

Some numerical indexes have been created in the literature and broadly used in the practice in order to measure of the mutual funds' performance: these are reward to volatility ratio, and reward to variability ratio. These methods ignore subscription, and administrative costs which are required to determine the overall return on the mutual fund investment (Basso and Funari, 2001).

The traditional approaches widely used to evaluate the performance usually depend on the market effectiveness assumption. Yet in the actual financial markets, information cannot be transmitted openly and fairly, thus the effectiveness is difficult to achieve. Consequently it is not easy to directly apply these methods since the results they obtain heavily rely on the benchmark selection (Zhao and Wang, 2007).

2.1 Sharpe Ratio

The Sharpe ratio, sometimes called as reward to variability ratio, the ratio of excess expected return of an investment to its standard deviation has been many times cited in the financial literature. Sharpe ratio can be used widely in many studies which aim to evaluate the performance of the mutual funds.

$$\text{Sharpe Index: } (R_{pt} - R_{ft}) / \sigma_{pt}$$

In this formula R_{pt} is the return of mutual fund in a given period t . R_{ft} is the return of T-Bill (risk free interest rate) in period t . σ_{pt} is the standard deviation of mutual

fund return, total risk of return, in period t . The numerator shows the reward provided by the investor for bearing risk; while the denominator shows the amount of risk actually bear. It is clear that Sharpe ratio is the reward per unit of variability (Pardalos, Migdalas, Baourakis, 2004).

2.2 M² Performance Measurement

Developed by Franco Modigliani and Leah Modigliani, M² performance measurement, sometimes called as risk-adjusted performance, has been widely accepted in theory and practice. Like Sharpe ratio, M – squared uses standard deviation as the relevant measure of risk (Knight, Satchell, 2002).

$$RAP(i) : (\sigma_m / \sigma_i) (r(i) - r_f) + r_f$$

RAP (i): the annualized risk-adjusted performance of fund i

σ_m : the annualized standard deviation of 'market' returns

σ_i : the annualized standard deviation of returns for fund i

$r(i)$: the average annual return for fund i

r_f : the annual risk free return

The higher M-square measure indicates the higher the return of the fund for any level of risk. The M squared measure could be computed by multiplying the Sharpe ratio by the benchmark standard deviation and then adding the risk-free rate of return.

2.3. Sortino Ratio

The Sortino ratio, a natural extension of Sharpe ratio, is a financial ratio that aims to measure the risk-adjusted return of mutual funds. Sortino ratio can be calculated as follows;

$$\text{The Sortino Ratio} = (R - \text{MAR}) / \text{DR}$$

R is the return of the mutual fund. MAR is the abbreviation of minimum average return. DR is the downside risk. Like the standard deviation, downside risk looks at the variation around an average return.

2.4. Jensen's Alpha

Introduced by Michael Jensen in 1970s, Jensen's Alpha is based on the capital asset pricing model, since Jensen's Alpha aims to measure the difference between the actual returns of the portfolio during a specified time period and the expected returns of the portfolio by using the CAPM (Schneider, 2009). Positive Alpha indicates a strong performance whereas negative Alpha suggests a weak performance.

$$\alpha_p = \bar{r}_p - [r_f + \beta_p(\bar{r}_m - r_f)]$$

- r_p is the expected total portfolio return.
- r_f is risk free rate.
- β_p is the beta of portfolio.
- r_m is the expected market return.

Even though Jensen's Alpha is widely used in practice, this method has some drawbacks. The power of Jensen's Alpha is limited as the capital asset pricing model has not been proven to be correct in reality and since it is highly difficult to detect

abnormal return especially for a mutual fund that has traits which differ from those of the value – weighted market (Kothari, and Warner, 2001).

3. The Data Envelopment Analysis

In this study, proposed performance measure technique is data envelopment analysis (DEA). Data envelopment analysis, occasionally called as a frontier analysis, is a non – parametric method based on linear programming. Tavares, Parker, and Emrouznejad (2008) states that data envelopment analysis is a math programme that measures the performance efficiency of organizations named as decision – making units (DMU). The decision making units can be banks, factories, and companies. The efficiency of these decision- making units is measured by applying data envelopment analysis. Data envelopment analysis can be performed when decision making units having multiple inputs and outputs have similar organization type. The efficiency scores obtaining from data envelopment analysis can vary between 0 – 100 %, the best performing decision making units get a score of 100 %.

Data envelopment analysis models aim to analyze the relationship between outputs and assigned outputs and determine an efficiency score. In many studies about the performance measurement, confusion and lack of consistency have been seen in the use of efficiency and effectiveness. Norman and Stroker (1991) clarify these terms as follows:

Effectiveness: The attainment of pre – determined goals (outcomes or outputs)

Efficiency: The use made of resources in the attainment of outputs, in the context of environmental factors.

By using linear programming in measuring the efficiency, Farrell (1957) stated that in order to measure the efficiency of the decision making units, it is required to determine input variables and output variables. All decision making units must have the same input and output variables.

Stancheva and Angelova (2004) proposed below basic mathematical formulation of data envelopment analysis.

Maximize

$$E_b : \left[\begin{array}{c} R \\ \sum u_{rb} y_{rb} \\ r-1 \end{array} \right] / \left[\begin{array}{c} I \\ \sum v_{rb} X_{rb} \\ i-1 \end{array} \right]$$

Subject to

$$\left[\begin{array}{c} R \\ \sum_{r=1}^{R-1} u_{rb} y_{rj} \\ r-1 \end{array} \right] / \left[\begin{array}{c} I \\ \sum_{i=1}^{I-1} v_{ib} x_{ij} \\ i-1 \end{array} \right] \leq 1, \quad j = 1, 2, \dots, N$$

and $u_{rb}, v_{ib} \geq e$ for all r, i (where $r : 1, 2, \dots, R$ and $i = 1, 2, \dots, N$)
where ;

E_b is the efficiency of any input ;

y_{rj} is observed quantity of output r produced by unit $j = 1, 2, \dots, N$

x_{ij} is observed quantity of input I used by unit $j = 1, 2, \dots, N$

u_{rb} is the weight given to output r by base unit b

v_{ib} is the weight given to input i by base unit b

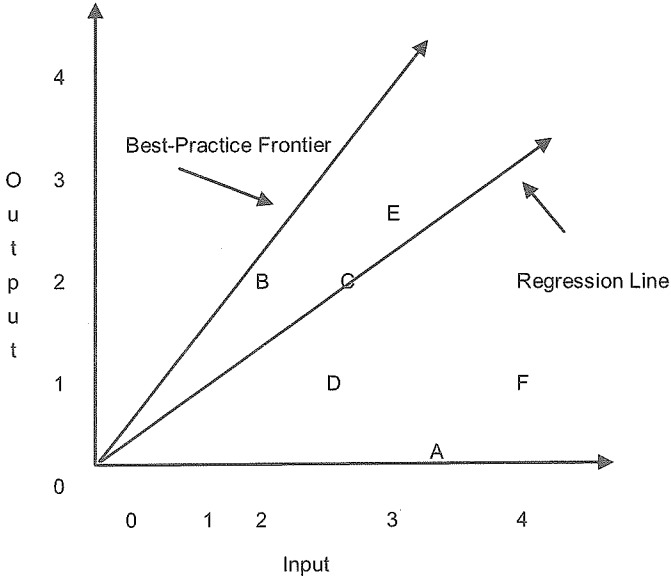
In data envelopment analysis, the number of decision making units must be greater than the total number of the inputs and outputs.

$$k - (m + l) \geq 1$$

k : the number of decision making units

l : the number of inputs

m : the number of outputs



There has been some research which applied data envelopment analysis to evaluate mutual funds' performance. Eken and Pehlivan (2009) have applied data envelopment analysis to evaluate the annual performance of the 46 A type mutual funds and 49 B type mutual funds in Turkish market between the years of 2000 and 2006. They employed four different DEA models. Standard deviation, beta, alpha, skewness and kurtosis are used as an input; average return is used as an output. Murthi, Choi, and Deasi (1997) employed data envelopment analysis as a non-parametric approach to assess the performance of the mutual funds and compared the results with traditional measures. Basso and Funari (2001) used data envelopment analysis to evaluate the 47 mutual funds in Italian market. Expected return and DARA are used as an output; standard deviation is used as an input. They found that subscription and redemption costs play a pivotal role in determining the fund ranking. Zhao and Wang (2007) evaluated the performance of 68 Chinese mutual funds in years 2004 and 2005. They found that most of the mutual funds in the Chinese market are inefficient. One of the empirical findings they reached is that the comparative performance of the Chinese mutual funds has a close relationship with the Chinese equity markets. The inputs used in the study are comparative standard deviation, percentage of negative monthly return, and operation fee; final net unit value and term return of net value are used as an output. Haslem and Scheraga (2003) used data envelopment analysis in order to identify efficient the large-cap mutual funds in the Morningstar 500. Funds' total assets, expense ratio, P/E ratio, and P/B ratio are used as an input. The Sharpe index is selected as a single DEA output variable. It seems fair to conclude that there is no agreement as to which measures must be used as input and output variables for the data envelopment analysis in mutual fund performance evaluation.

4. Data and Methods

The data used in this study include 15 A type mutual funds and 15 B mutual funds in years September 2008 and September 2010. Mutual funds are selected based on their net asset value in the September 2010. 15 A type mutual funds 15 B type mutual funds which have the highest net asset value on September 2010 are chosen for the data envelopment analysis. Data are monthly and obtained from the website of the Capital Markets Board of Turkey. Efficiency Measurement System (EMS) is used for the data envelopment analysis; Stata 10 is used for the descriptive statistics. Standard deviation, average net asset value, and administrative fee are used as input; on the other hand monthly average return is employed as an output. The net assets value of the A type mutual funds is much below that of the B type mutual funds. The total net asset value of the 15 A type mutual fund is 670,000,000 TL; on the other hand the total net asset value of the 15 B type is 20,000,000,000. Turkish mutual funds are mainly divided by two groups. A type mutual funds, the first group, invest minimum 25% of their funds into the stocks of the Turkish companies. B type mutual funds, the second group, are not required to invest their funds into the stocks of the Turkish companies.

A Type Mutual Funds	Net Asset Value
1. T.Is Bankası A Tipi Karma Kumbara Fonu	215,850,412.00
2. T.Is Bankası A Tipi İştirak Fonu	102,084,160.00
3. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A Tipi Karma Fonu	55,103,706.00
4. Garanti Bankası A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	41,894,427.00
5. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A Tipi Değişken Fonu	28,988,148.00
6. T.Is Bankası A Tipi Hisse Senedi Fonu	27,838,748.00
7. T.Is Bankası A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	27,447,364.00
8. Akbank A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	26,522,996.00
9. Strateji Menkul Değerler A Tipi Değişken Fon	25,587,675.00
10. Yapı Kredi Bankası A Tipi Hisse Senedi Fonu	23,807,038.00
11. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	22,011,571.00
12. HSBC Bank A Tipi Değişken Fon	19,325,978.00
13. Garanti Bankası A Tipi Hisse Senedi Fonu	18,576,368.00
14. Strateji Menkul Değerler A Tipi Risk Yönetimi Hisse Senedi Fonu	18,266,506.00
15. Acar Yatırım Menkul Değerler A Tipi Değişken Fonu	15,881,551.00

Table 1 A Type Mutual Funds having the Highest Net Asset Value

	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
Standard Deviation	15	7.706667	2.887668	3.58	2.58
Average NAV	15	4.43e+07	5.11e+07	1.60e+07	2.12e+08
Administrative Fee	15	.0490667	.0208274	0.02	0.1
Average Return	15	.0262667	.0082068	.014	.045

Table 2 Descriptive Statistics for A type Mutual Funds

B Type Mutual Funds	Net Asset Value
1. Türkiye İş Bankası B Tipi Likit Fon	3,649,060,891.00
2. Yapı Kredi Bankası B Tipi Likit Fon	3,376,724,911.00
3. Akbank B Tipi Likit Fon	2,677,737,589.00
4. Garanti Bankası B Tipi Elma Likit Fon	2,303,749,353.00
5. Garanti Bankası B Tipi Likit Fon	1,419,822,720.00
6. Ziraat Bankası B Tipi Likit Fon	1,244,531,968.00
7. Vakıflar Bankası B Tipi Likit Fon	1,197,917,109.00
8. HSBC Bank B Tipi Likit Fon	874,948,816.00
9. İş Bankası B Tipi Tahvil ve Bono Fonu	620,715,746.00
10. İşBankası B Tipi Maksimum Likit Fon	610,997,005.00
11. TEB B Tipi Likit Fon	557,330,656.00
12. Halk Bankası B Tipi Likit Fon	557,236,978.00
13. İş Bankası B Tipi Internet Likit Fon	503,254,599.00
14. Finans bank B Tipi Likit Fon	493,822,166.00
15. Denizbank B Tipi Likit Fon	482,411,586.00

Table 3 B Type Mutual Funds having the Highest Net Asset Value

	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
Standard Deviation	15	.5305333	.3242919	.39	1.62
Average NAV	15	1.30e+09	1.15e+09	1.86e+08	3.78e+09
Administrative Fee	15	.0416667	.0082606	.025	.052
Average Return	15	.2602	.40085	.06	1.22

Table 4 Descriptive Statistics for B type Mutual Funds

Constant return to scale (CRS) data envelopment analysis model is employed to measure the performance of the A and B type mutual funds. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Karma Fon, Strateji Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Değişken Fon, and Strateji Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Risk Yönetimi Hisse Senedi Fon have the highest efficiency scores. Twelve A type mutual funds are inefficient funds based on the result of the data envelopment analysis. The average of DEA scores of A type mutual funds is found 0.759.

	Efficiency Scores	Benchmarks
1. T. İş Bankası A Tipi Karma Kumbara Fonu	75.30%	3
2. T. İş Bankası A Tipi İştirak Fonu	56.55%	3,14
3. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A Tipi Karma Fonu	100%	0
4. Garanti Bankası A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	56.90%	3,14
5. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A Tipi Değişken Fonu	67,26%	3,14
6. T İş Bankası A Tipi Hisse Senedi Fonu	73,22%	3,14
7. T. İş Bankası A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	75,24%	3,9
8. Akbank A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	73,13%	3,9
9. Strateji Menkul Değerler A Tipi Değişken Fon	100%	0
10. Yapı Kredi Bankası A Tipi Hisse Senedi Fonu	78,04%	3,9,14
11. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A Tipi IMKB Ulusal 30 Endeksi Fonu	81,51%	14
12. HSBC Bank A Tipi Değişken Fon	90,90%	3,14
13. Garanti Bankası A Tipi Hisse Senedi Fonu	71,57%	14
14. Strateji Menkul Değerler A Tipi Risk Yönetimi Hisse Senedi Fonu	100%	0
15. Acar Yatırım Menkul Değerler A Tipi Değişken Fonu	38,98%	3,9

Table5 Efficiency Scores and Benchmarks of A Type Mutual Fund

The data envelopment analysis also aids to identify the benchmarking mutual funds that can be referred by the inefficient ones to become an efficient one. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Karma Fon is a benchmarking unit for ten inefficient mutual funds. Strateji Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Değişken Fon is a benchmarking unit for four inefficient mutual funds. Strateji Menkul Değerler A.Ş. A

Tipi Risk Yönetimi Hisse Senedi Fon also can be seen as a reference model for the inefficient ones to become an efficient mutual fund.

	Efficiency Scores	Benchmarks
1. Türkiye İş Bankası B Tipi Likit Fon	78,44%	13
2. Yapı Kredi Bankası B Tipi Likit Fon	76,56%	13
3. Akbank B Tipi Likit Fon	76,12%	13
4. Garanti Bankası B Tipi Elma Likit Fon	72,54%	13
5. Garanti Bankası B Tipi Likit Fon	78,92%	13
6. Ziraat Bankası B Tipi Likit Fon	87,09%	13
7. Vakıflar Bankası B Tipi Likit Fon	83,4%	13
8. HSBC Bank B Tipi Likit Fon	79,50%	13
9. İşBankası B Tipi Tahvil ve Bono Fonu	100%	-
10. İş Bankası B Tipi Maksimum Likit Fon	68,75%	13
11. TEB B Tipi Likit Fon	100%	-
12. Halk Bankası B Tipi Likit Fon	87,61%	11,13
13. İş Bankası B Tipi İnternet Likit Fon	100%	-
14. Finans bank B Tipi Likit Fon	75,53%	11,13
15. Denizbank B Tipi Likit Fon	99,92%	11,13

Table6 Efficiency Scores and Benchmarks of B Type Mutual Fund

Türkiye İş Bankası AŞ. B Tipi Tahvil ve Bono, TEB AS. B Tipi Likit Fon and T.İş Bankası B Tipi İnternet Likit Fon is selected as efficient mutual funds. They have 100 efficiency scores. The average efficiency score of the B type mutual funds is 0.8426. Twelve B type mutual funds are marked as ineffective mutual funds by the data envelopment analysis. T.İş Bankası B Tipi İnternet Likit Fon is a benchmarking unit for the twelve mutual funds. TEB AS. B Tipi Likit Fon also can be seen a model for three mutual funds to reach the efficiency point. Türkiye İş Bankası AŞ. B Tipi Tahvil ve Bono cannot be thought as a benchmarking unit for the ineffective mutual funds according to the results of the data envelopment analysis, even though it is one of the efficient mutual funds.

Generally speaking the data envelopment scores are viewed as the score for the inefficient decision making units. However the super - efficiency scores ranks the scale of the efficient units. Super - efficiency scores aid to determine the real efficiency scores of the decision making unit. Super - efficiency scores can only be calculated for the efficient mutual funds. Super - efficiency implies that the input of any efficient decision making unit can be increased and still remain efficient. Super - efficiency scores are always above 100%.

1	Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Karma Fon	165%
2	Strateji Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Risk Yönetimi Hisse Senedi Fon	116%
3	Strateji Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Değişken Fon	105%

Table 7 The Super- Efficiency Scores of Efficient A Type Mutual Fund

The super-efficiency scores are calculated for three efficient A type mutual funds. Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Karma Fon have the highest super – efficiency scores among A type mutual fund. The super-efficiency scores of Strateji Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Risk Yönetimi Hisse Senedi Fon is 116%. Strateji Menkul Değerler A.Ş. A Tipi Değişken Fon has the lowest super – efficiency score among the efficient mutual funds.

1	Türkiye İş Bankası AŞ. B Tipi Tahvil ve Bono	132%
2	TEB AS. B Tipi Likit Fon	119%
3	T.İş Bankası B Tipi İnternet Likit Fon	108%

Table 8 The Super – Efficiency Scores of Efficient B Type Mutual Fund

There are three B type mutual funds which have super – efficiency scores. Türkiye İş Bankası AŞ. B Tipi Tahvil ve Bono are showed to have the highest super – efficiency scores by the program. TEB AS. B Tipi Likit Fon's super – efficiency score is 119% and T.İş Bankası B Tipi İnternet Likit Fon has the lowest super-efficiency scores.

5. Concluding Remarks

In this study, data envelopment analysis is proposed to evaluate the performance of the Turkish A and B type mutual funds. There are many factors that can influence the performance of the mutual fund. Market share, standard deviation, net asset value, administrative fees of mutual funds, and the dynamics of the financial market can be thought as a factor that can affect the returns of the mutual fund.

Data used in the empirical analysis belong to the period of September 2008 and September 2010. The selection criterion for mutual funds is the size of the net asset value. Fifteen A and fifteen B type mutual funds' performances are evaluated. Efficiency scores and benchmarking units for ineffective mutual funds are calculated in the section of the empirical analysis.

Financial instruments have a pivotal role in the development of the country economy. not only investors but also policymakers should carefully examine the performance of the financial instruments. The results of the data envelopment analysis can also be used by the investors, managers, and policy makers as an alternative for the traditional methods.

BIBLIOGRAPHY

Basso A., Funari S., (2003), Measuring the Performance of Ethical Mutual Funds: A DEA Approach, Journal of the Operational Research Society, Volume 54, Number 5, May 2, pp. 523.

C.Schneider, (2009), How Useful is the Information Ratio to Evaluate the Performance of Portfolio, GRIN Verlag Co. p. 8.

Eken, M.H. ve Pehlivan, E., Nisan (2009), "Yatırım Fonları Performansı:Klasik Performans Ölçümleri ve VZA Analizi", Maliye Finans Yazıları, Sayı 83, Sayfa 85-114.

Emrouznejad, A. Parker, B. and G. Tavares (2008): Evaluation of Research in Efficiency and Productivity: A Survey and Analysis of the First 30 Years of Scholarly Literature in DEA, Journal of Socio-Economics Planning Science, 42(3), p.154.

Farrell, M.J. (1957), The Measurement of Productive Efficiency, Journal of the Royal Statistical Society, 120(3). p. 254.

Haugen, Robert A, (2001), Modern Investment Theory, Prentice Hall.

J. Knight and S. Satchell, (2002), Forecasting Volatility in the Financial Markets, Butterworth-Heinemann Co.

John A . Haslem and Carl A . Scheraga,(2006), Data Envelopment Analysis of Morningstar's Small-Cap Mutual Funds, The Journal of Investing, Vol. 15, No. 1: pp. 87-92.

Kothari, S.P., and Jerold B. Warner, (2001), Evaluating Mutual Fund Performance, Journal of Finance 56, p.1992.

M. Norman, B. Stroker, (1991), Data Envelopment Analysis, John Wiley& Sons Ltd., p.9.

Murthi, B.P.S., Y.K. Choi, P. Desai. (1997), Efficiency of Mutual Funds and Portfolio Performance Measurement: A Non-Parametric Approach. Operational Research 98 408-418.European Journal of Operational Research 98 408-418.

N. Stancheva, V. Angelova, (2004), Measuring the Efficiency of University Libraries Using Data envelopment analysis, Conference on Professional Information Resources, Prague, May 25, 2004, p. 2.

P.M. Pardalos, A. Migdalas, G. Baourakis,(2004), Supply Chain and Finance, World Scientific Publishing Co.Ltd.p. 82.

Zhao X.,Wang S.,(2007), Review on Equity Mutual Funds Evaluation Methods, LuoJia Management Review, 1(1): p. 117.

SULH SÖZLEŞMELERİ (CONTRACTS OF SETTLEMENT)

Araş. Gör. / Res. Asst. Banu ULUSAN*

ÖZET

Sulh, tarafların mahkeme önünde veya mahkeme dışında, aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmeye maksadını güttüğü bir sözleşme türüdür. Mahkeme önünde yapılmadığı takdirde olağan bir maddi hukuk sözleşmesinden başkaca nitelik taşımayan sulh, mahkeme önünde yapıldığında kesin hükmün etkilerini doğuran bir güce sahip olacaktır. Hukukumuzda ilk defa 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile başlı başına hukuki bir müessese olarak düzenlenen (mahkeme içi) sulh sözleşmeleri, yine aynı kanun uyarınca hata, hile ve ikrah ile gabin hallerinde iptal edilebilirler.

Anahtar Kelimeler: Sulh, feragat, kabul, ibra, Avukatlık Kanunu m.35/A, kazai sulh, adi sulh, karşılıklı fedakarlık, uyuşmazlık.

ABSTARCT

Contracts of settlement are contracts that end conflict between parties, before the court or outside of court. Out-of-court contracts of settlement do not have any specific legal requirements separate and apart from the laws governing contracts generally. A settlement during the court proceedings has the effect of a final judgement. Contracts of settlement, first regulated (as contracts of settlement "before court") in Turkish law in the Civil Procedure Code, can be voided by reason of misrepresentation, deceit, coercion and lesion.

Keywords: contract of settlement, abandonment, acquiescence, Advocacy Code Art.35/A, contract of settlement before court, ordinary contract of settlement, conflict.

GİRİŞ

Bilindiği gibi taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları mahkemeye başvurmak zorunda olmaksızın, kendi aralarında mutabakata varmak suretiyle de sona erdirebilirler. Bu gibi çözümler, mahkemelerin iş yoğunluğunu azaltacağı ve usul ekonomisi ilkesine uygun olacağı gibi, taraflara da talep edecekleri sonuçlara ulaşmaları için daha fazla hız ve daha büyük kolaylık sağlayacaktır.

Mahkeme önündeki uyuşmazlıklar, kesin hükmün yerine geçen bazı taraf işlemleriyle, yani feragat, kabul ve sulh ile de sona erdirilebilirler. Ancak, taraf iradelerinin uyuşmasıyla ortaya çıkacak sulh anlaşması, mahkeme önünde yapılabileceği gibi, mahkeme dışında da yapılabilmektedir.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: banulusan@gmail.com

Bu çalışmamızda, mahkeme içi sulhun daha fazla özellik arz etmesi ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilk defa bir kurum olarak düzenlenmesi nedeniyle, mahkeme içi sulha biraz daha fazla ağırlık verilecekse de, genel olarak hem mahkeme içi hem de mahkeme dışı sulhun nitelikleri ve çeşitli durumlarda gösterecekleri özellikler değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK

A. Sulh Kavramı:

Sulhün kelime anlamı “barış, uzlaşma”¹ olarak belirtilebilir. Hukuki anlamda ise sulh, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde doktrinde yerleşmiş tanıma göre, “ tarafların karşılıklı birtakım tavizlerde bulunarak aralarındaki uyuşmazlığı ya da tereddütü sona erdirmeleri” olarak tarif edilebilir.² Yürürlüğe 01.10.2011 tarihinde giren 6100 sayılı HMK da buna paralel bir tanımlama getirmiş, sulhü, “görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.” şeklinde tanımlamıştır (m.313/1). Ancak buradaki tanım, *mahkeme huzurunda yapılan sulh* için geçerlidir³.

Sulh, 6100 sayılı kanun öncesi ayrı bir hukuki müessese olarak düzenlenmemekte, ancak bazı kanun maddelerinde bahsi geçmekteydi: 818 sayılı Borçlar Kanunu m.388/3; 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.151/2, m. 213/1; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m.38⁴; 6267 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.165, m.219/2 gibi.

B. Sulhün Hukuki Niteliği:

1. Sulhün Bir Sözleşme Olması

Sulh, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵; bu sözleşme ile taraflar karşılıklı fedakarlıklarda bulunmaktadır⁶; yaygın olarak görüldüğü üzere taraflardan biri talebinin bir kısmından feragat ederken, diğeri kalan kısmı kabul eder⁷; bu nedenle sulh

¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

² YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1986, s. 20; TANRIVER, Süha, Makalelerim I, 2005, Makale-3 *Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler*, s.35; ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, s. 38; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2008, cilt I/1, s. 14.

³ Hükümet Gerekçesi uyarınca: “...Tarafların mahkeme dışında yapacakları sulh, kuruluş ve etkileri bakımından kural olarak bir maddi hukuk işlemidir. Mahkeme dışı sulh borçlar hukukunun konusu olduğundan, bu maddede düzenleme dışı bırakılmıştır...” (KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2011, s.338, dipnot 414).

⁴ ANSAY, Şakir, *Sulh*, AÜHF, 1943/2, s. 201.

⁵ “... *Sulh, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı iradeleri ile bir sözleşmeye bağlamalarıdır: Bu mahiyeti itibarıyla de icap ve kabul ile oluşan bir sözleşme niteliğini taşır...*” HGK 15.12.1973 E1972/6-537 K1973/1201 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>).

⁶ TANDOĞAN, sf. 14.

⁷ ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2009, s. 429. Ancak sulhün mutlaka karşılıklı kısmi feragat ve kısmi kabul ile meydana gelmesi gerekmez; taraflar uyuşmazlık konusu dışındaki bir hakkı da sulh sözleşmesine dahil edebilirler (KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2011, s.535).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

sözleşmesine BK m.81-82, m.106 vd. ve m.117'in uygulanması gerekir⁸. Karşılıklılık olmadığı sürece bir ibradan, feragatten, bağışlamadan veya borç ikrarından bahsedilebilirse de, sulhten söz edilemez⁹.

Sulh sözleşmesinde taraflar arasında daha önceden ortaya çıkmış bir hukuki ilişki vardır ve hukuki uyumsuzlukla tereddütün konusu bu hukuki ilişkidir. Bu ilişki dolayısıyla dava açılmış olması gerekmez. Ayrıca, sulhun konusunu sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular teşkil edebilir (HMK m.313/2)^{10, 11}.

Eskiden sulh, yasada düzenlenmemiş olması nedeniyle *isimsiz sözleşme* olarak nitelendirilebilirken¹², 6100 sayılı kanun ile beraber, en azından mahkeme içi sulh bakımından, bu nitelendirmenin geçerliğini yitireceğini söylemek mümkündür.

2. Sulhün Hukuki Niteliğine İlişkin Bazı Görüşler¹³

2.1. Yargılama Hukuku Teorisi

Bu teoriyi savunanlara göre mahkeme önünde sulh, mahkeme dışı sulhten tamamen farklı bir kavramdır; isminden başka hiçbir benzer yanı olmayıp, mahkeme dışı sulhün aksine sadece yargılama işlemi karakterini haizdir¹⁴. Mahkeme önünde sulhün hukuki yapısı ve geçerliliği, münhasıran yargılama hukukuna göre belirlenebilir¹⁵.

2.2. Özel Hukuk Teorisi

Bu teoriye göre mahkeme önünde sulhun yargılama hukuku özelliği kesinlikle yoktur; mahkeme önünde sulh sadece bir özel hukuk sözleşmesidir¹⁶. Mahkeme önünde sulhün tarafların karşılıklı ödümlerle bir uyumsuzluk veya tereddüte son verdiği bir sözleşme olduğunu ortaya koyan tanım itibarıyla, bazı yazarlar Türk hukukunda da bu teoriyi benimsediğini savunmaktadır¹⁷.

⁸ TANDOĞAN, s. 14.

⁹ TANDOĞAN, s. 14.

¹⁰ "... bir usul sözleşmesi olan sulh aynı zamanda bir maddi hukuk işlemi olup karşılıklı icap ve kabulü ile oluşur. Hemen belirtmek gerekir ki bu usul sözleşmesinin yapılabilmesi yine tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri davalarda mümkündür..." 14.HD E2010/5944 K2010/6502 03.06.2010 (KAZANCI İBB).

¹¹ "...İmdi yalnız medeni hukuka ve borçlar hukukuna giren hukuki münasebetler sulhün konusu olmakla kalmaz, mesela ilam gibi, yani ilamın tavihi ve icrası gibi diğer hukuka hadiseler gibi (Usul madde 222-225) hukuki münasebetler dahi sulhun konusu olabilir..." SEVİĞ, Vasfi Raşid, *Mukavelelerin Tasnifi ve BK Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukavelesi*, AÜHFD 1949 2-4/136-156, s.145; "...yalnız Borçlar Hukukuna giren münasebetler değil, aynı haklar, aile hukuku ve miras hukuku alanına giren münasebetler de sulh akdine konu olabilir. Ancak ... tasarruf edilebilecek bir konu olması lazımdır. Şu halde evlenmenin mevcudiyeti veya sıhhati veya hısımlığın mevcudiyeti hakkında sulh yapılamaz. Lâkin babalık davasında kadın kendisine ait nakdi talep hakları üzerinde sulh olabilir..." (ARIK, Fikret, *İçtihat Kroniği- Mahkeme Önünde Sulh*, SBFD 1954/1 141-157, s. 145)

¹² ULUSAN, İlhan, *Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi*, MHAD, 1971/7, s. 156

¹³ ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972, s. 34-42.

¹⁴ ÖNEN, s. 34.

¹⁵ ÖNEN, s. 34.

¹⁶ ÖNEN, s. 35.

¹⁷ ÖNEN, sf. 35, dipnot 11. TANRIVER ise, mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin karma bir karakter gösterdiği fikrindedir (TANRIVER, s. 38). Aynı yönde görüş için bkz.

Bu teorinin müfrit (aşırı) taraftarlarına göre sulh ne bir yargılama hukuku işlemdir, ne de yargılama hukukuna ilişkin sonuçlar doğurur; davayı sona erdiren sulhün kendisi değil, bünyesinde bulunan “davadan vazgeçme” unsurudur¹⁸. Mutedil (ılımlı) taraftarları ise sulhün yargılama hukuku bakımından etkilerinin bulunduğunu, ancak aynı zamanda önemli olanın bu sözleşmenin içeriği olduğunu ve bu içeriğin de özel hukuk kurallarına tabi olacağını savunurlar¹⁹.

2.3. Karma Teori

Bu teori sulhün, ne sadece maddi ne de sadece usuli bir işlem olduğunu öne sürer. Sulh, her iki unsuru içeren karma karakterli bir hukuki müessesedir. Bu görüşün bazı savunucuları maddi hukuk yönünün, bazıları usul hukuku yönünün ağır bastığını savunurken, bir diğer grup her iki özelliğinin aynı ağırlıkta olduğu görüşündedir²⁰.

2.4.Çift Vakıa Teorisi

Bu görüşe göre mahkeme önünde sulh bir yargılama hukuku sözleşmesidir ve bir maddi hukuk sözleşmesiyle bağlanabilir; yine de bu iki sözleşme sıkı bir ilişki içinde değildir ve her an ayrılabilirler. Uyuşmazlık sulh ile sona erdirilirse, mahkeme önünde sulh ve sulh sözleşmesi tek bir vakıanın iki ayrı yönü olarak görülürler²¹.

3. Sulhün Hukuki Niteliğine İlişkin Diğer Görüşler

Sulhün hukuki niteliğine ilişkin iki ayrı görüşten daha bahsetmek mümkündür: Sulhe sırf borçlandırıcı etki tanıyan görüş ve sulhe borçlandırıcı ve tasarrufi etki tanıyan görüş²².

Sulhe sırf borçlandırıcı etki tanıyan görüş, sulhün sadece borçlandırıcı bir etkiye sahip olduğunu, sulhün kapsamını oluştursan ibra, tecil, temlik gibi ifa işlemlerinin ayrıca yapılması bakımından bir sebep işlem niteliğini taşıdığını savunur. Bunun bir sonucu olarak sulh sözleşmesi fesih, temelini oluşturan işlemin sakatlığı ya da yokluğu gibi bir nedenle hükümsüz olursa, bundan diğer tasarruflar etkilenmeyecektir²³.

Sulhe borçlandırıcı ve tasarrufi etki tanıyan görüşe göre ise, tasarrufi işlemler sulhün parçalarını oluştururlar. Taraflar eski borcun hukuki varlığını etkilemeden genişletme veya daraltma yoluna gittiklerinde, borçlunun yeni miktarı kabulü ve alacaklının eski alacağının bir kısmından feragatle alacağının azalmasına razı oluşuyla, tasarruf işlemleri tesis edilmiş olacaktır. Bunun sonucu olarak, sulhün özündeki ifa işlemlerinden birinin batıl oluşu, sulh sözleşmesini batıl kılacaktır; aynı şekilde sulh sözleşmesinin batıl oluşu da içerdiği tüm tasarruflara sirayet edecektir²⁴.

ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 429; MERİÇ, Nedim, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Ankara 2011, s. 207.

¹⁸ ÖNEN, s. 36.

¹⁹ ÖNEN, s. 36.

²⁰ ÖNEN, s. 37.

²¹ ÖNEN, s. 40.

²² ULUSAN, s. 157.

²³ ULUSAN, s.157.

²⁴ ULUSAN, s.158.

C. Sulhun Benzer Diğer Müesseselerle Karşılaştırılması

1. İbra ile Sulh

İbra, tarafların aralarında var olan bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırıp, böylece borçlunun borcundan kurtulmasını sağladığı bir sözleşmedir²⁵.

Sulh, kendisi gibi bir özel hukuk kurumu olan ibradan farklı özellikler taşır. Sulh sözleşmesinde taraflar arasında bir uyuşmazlık mevcutken, ibrada böyle bir durum yoktur; maksat borcun sona erdirilmesidir. Ayrıca sulhun unsurlarından biri karşılıklı fedakarlıktır ve uyuşmazlık bu şekilde sona erer. Oysa ibrada alacaklı borçluyu, karşılığında herhangi bir fedakarlık olmaksızın borcundan kurtarır²⁶.

2. Feragat ve Kabul ile Sulh

Feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi (HMK m.307), kabul ise davalının talep sonucuna kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir (HMK m.308).

Feragat, kabul ve sulh, davaya son veren taraf usul işlemleridir²⁷. Feragat ve kabulün sulh ile benzer özellikleri vardır: Kabul ve sulh dava konusu üzerinde tarafların tasarrufla bulunabildiği hallerde mümkündür. Kabul, feragat ve sulhun tümü için, ve kilin bu işlemleri yapabilmesi özel yetkisinin olmasına bağlıdır, sözlü veya yazılı yapılabilirler, kesin hükmün sonuçlarını doğururlar ve irade fesadı hallerinde iptal edilebilirler²⁸.

Feragat ve sulhun farklı yönleri şunlardır:

*Sulh bir sözleşmeyken, feragat tek taraflı bir irade beyanıdır.

*Sulh sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda mümkünken, feragat tarafın tasarruf edemeyeceği davalarda da mümkündür.

*Sulh şarta bağlanabilirken, feragat şarta bağlanamaz.

*Sulhta yargılama giderleri hususu taraflarca kararlaştırılmadıkça garameten paylaşılır. Feragatte ise yargılama giderleri davacıya yüklenir.

*Sulh ilam niteliğinde bir belgedir ve bu kapsamda icra edilebilir. Buna karşılık feragatin böyle bir özelliği yoktur²⁹.

Kabul ve sulhun farklı yönleri ise şunlardır:

*Sulh bir sözleşme, kabul ise tek taraflı bir irade beyanıdır.

*Sulh şarta bağlanabilirken, kabul bağlanamaz³⁰.

Feragat ve kabulün şarta bağlanması mümkün değil ise de, şarta bağlı olarak ile sürülen bu gibi beyanlar sulh sözleşmesi için bir icap niteliğinde sayılmalıdır³¹.

²⁵ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2003, s. 1221.

²⁶ TANRIVER, s. n35.

²⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 422; MUŞUL, Timuçin, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2009, s. 173; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, s. 568; KURU/ARSLAN/YILMAZ-Ders Kitabı, s. 526;

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011 (10. Baskı), s. 542.

²⁸ AKYOL-ASLAN, Leyla, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2010, s.86-87; ERME-NEK, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Ankara 2009, s. 34.

²⁹ AKYOL-ASLAN, s. 87-88.

³⁰ ERMENEK, s. 33-34.

3. Avukatlık Kanunu m.35/A ve Sulh

1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.35/A ile avukatlara uzlaşma sağlama yetkisi vermiştir. Bu hükme göre avukatlar, kendilerine intikal eden dava ve işlerde müvekkillerini ve karşı tarafı uzlaşma için davet ederler. Bu uzlaşma avukatlar ve müvekkileri ile birlikte yapılmalıdır. Karşı taraf bu davete icabet ederse, avukatlar ve taraflar uzlaşma konusunu, yerini, tarihini ve tarafların uymaları gereken hususları içeren tutanağı birlikte imzalarlar³².

Sulh ve avukatların uzlaştırma yetkisi, her ne kadar benzer kurumlar olsa da aralarında birtakım farklar vardır:

*Sulh her zaman yapılabilirken, uzlaşma yalnız dava öncesinde yapılabilir. Dava sonrası uzlaşma, olsa olsa sulh niteliğini taşır³³.

*Uzlaşmada bir mahkeme kararı yokken, mahkeme içi sulhta bir mahkeme kararı mevcuttur³⁴.

*Sulh taraflar veya özel yetkili olmak kaydıyla avukatlar arasında yapılabilirken, m.35/A anlamındaki uzlaşma avukatlar ve tarafların arasında yapılmalıdır³⁵.

*Sulhun ilam niteliğini alması için bir mahkeme kararı mevcut olmalıdır. Uzlaşmada ise hazırlanıp imzalanın tutanak, mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın ilam niteliğindedir³⁶.

*HMK avukatın sulh olabilmesi için özel yetkili olmasını aramışken, m.35/A için bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır³⁷.

Bunun dışında sulh gibi uzlaşma da tarafların tasarruf edebilecekleri konuları içermelidir³⁸.

II. SULHUN HUKUKİ UNSURLARI VE ÇEŞİTLERİ

A. Sulhun Hukuki Unsurları:

1. Bir Akdin Varlığı

6100 sayılı kanunun 313'üncü maddesinin ilk fıkrasında verilen tanım uyarınca, sulhten bahsedebilmek için öncelikle ortada bir sözleşme bulunması gerektiği açıktır. Yargılama hukuku bakımından bu unsur, sulhü feragat ve kabulden ayıran bir özelliktir³⁹. Sulh için tek taraflı bir hukuki işlem yeterli değildir; böyle bir işlem olsa olsa sulh akdi içinde bir taahhüt işlemi olarak görülebilir⁴⁰.

³¹ AKYOL-ASLAN, s. 136; ERMENEK, s. 13.

³² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 550; SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral, *Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, MİHDER 2005-2 s. 353-369, s. 360.

³³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 551; SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 362.

³⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 551.

³⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 551; SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 362.

³⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 551; SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 363.

³⁷ SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 363.

³⁸ SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 362.

³⁹ AKYOL-ASLAN, s. 87; ERMENEK, s. 34.

⁴⁰ ÖNEN, s. 24.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Mahkeme dışı sulh, kural olarak bir şekil şartına tabi değildir⁴¹, ancak sözleşme taşınmaz mallara ilişkinse resmi şekilde yapılmalıdır⁴². Mahkeme içi (kazai) sulh ise tutanağa yazılarak taraflara okutulur ve onlara imzalatılır (HMK m.154/3(ç))⁴³ ya da taraflar mahkeme dışında yaptıkları sulhü yazılı bir biçimde mahkemeye verdiklerinde bu husus duruşma tutanağına yazılır (HMK m.154/3(f))⁴⁴. Başarısızlıkla sonuçlanan sulh tekliflerinin tutanağına geçirilmesi şart olmamakla beraber, tarafların yine de başarısızlıkla sonuçlanan bu teklifin tutanağına geçirilmesini talep etmesi mümkündür⁴⁵.

Sulh sözleşmesi şarta bağlı yapılabilir (HMK m.313/4). Ancak kazai sulh bakımından, şarta bağlanan bu sulh hükümde belirtilemez⁴⁶. Şarta bağlı hüküm verilemeyeceği için, böyle bir sulhe dayanarak şarta bağlı hüküm de verilemez; bu durumda mahkemenin dosyadan el çekebilmesi “hüküm verilmesine yer olmadığı” kararı ile mümkündür⁴⁷.

Sulhün şarta bağlı yapılabilmesi, onu usul hukukundaki benzer kurumları olan kabul ve feragatten ayırır. Kabul ve feragat şartlı olarak yapılamazlar, ancak, eğer yine de şartlı olarak yapılırlarsa, bu bir sulh teklifi olarak değerlendirilmelidir⁴⁸.

Sulh bir sözleşme olduğundan, tarafların fiil ehliyetlerinin bulunması şarttır. Vesayet altındaki kişilerin sulh sözleşmesi yapabilmesi için ise vesayet makamının iznini alması gerekmektedir (MK. m.462/b.8). Aynı şekilde, kendisine yasal danışman atanan kişinin de sulh olmadan önce yasal danışmanının görüşünü alması şarttır (MK. m.429/b.1). Kayyım tarafından yapılan sulh, vesayet makamının izniyle yapılmışsa, yasal temsilcinin rızası olmasa dahi, geçerlidir⁴⁹⁵⁰.

⁴¹ “... fakat zaten ortada nizalı veya tereddütlü bir hal bulunduğundan buna son veren sulh akdinin hiç olmazsa yazılı şekilde yapılması isbat bakımından kolaylık sağlar...” (TANDOĞAN, s.15) “...sulh sözleşmesinin varlığına dayanan kişinin sözleşmeyi kanıtlaması gerekir... Örneğin alacak davasında alacağın varlığının senetle ispatı gerekiyor ise sulh anlaşmasının da yazılı yapılması zorunludur. Taşınmaz mülkiyetinin çekişmeli olduğu durumlarda taraflar arasında mülkiyet aktarımını gerektirir bir sulh sözleşmesi düzenlenmiş ise bu da resmi şekil şartına uygun olmalıdır...” 14.HD, 11.10.2005, E2005/4833 K2005/8901 (MUŞUL, s.184 dipnot 122).

⁴² TANDOĞAN, s. 15.

⁴³ Hükümet Gerekçesi: “...Bu fıkranın (ç) bendinde, imza ile onanması zorunlu bazı işlemler gösterilmiş, böylece bu konularda imzanın bir şekil şartı olduğu kabul edilmiştir...” (KURU/ARSLAN/YILMAZ- Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s.205, dipnot 206).

⁴⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ- Ders Kitabı, sf.535, PEKCANITEZ /ATALAY /ÖZEKES, s.549; MUŞUL, s.184.

⁴⁵ TANRIVER, s.40.

⁴⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.549.

⁴⁷ MUŞUL, s.184.

⁴⁸ AKYOL-ASLAN, s.136; ERMENEK, s.13.

⁴⁹ TANDOĞAN, s.18.

⁵⁰ Vasi ile kısıtlı arasında menfaat çatışması bulunduğu hallerde kayyım atanması zorunludur (MK m.426/b.(2)). Bu durumda: “... vasi ile kısıtlı arasında menfaat çatışmasının bulunması halinde kısıtlı için kayyım tayin edilerek kayyım huzuru ile davanın görülmesi gerekirken mahkemece bu hususun gözönünde tutulmaması Usul ve Yasa’ya aykırıdır... Ayrıca kısıtlı için kayyım tayini lüzumuna dair yukarıda (1) numaralı bentte işaret olunan hususlar sulh anlaşması yönünden de geçerli olduğu cihetle bu anlaşmaya dayanılarak hüküm tesis edilemez.” HGK 02.02.1977 E.1976/2896 K.1977/105 KAZANCI İBB)

Taraflardan birini müteselsil borçlulardan biri oluşturuyorsa ve alacaklının tüm alacağı üzerine sulhe varılmışsa, sulh diğerlerine de tesir eder. Ancak müteselsil borçlulardan yalnız birinin borcuna ilişkinse, sadece o müteselsil borçlu bakımından sulh sonuç doğurur⁵¹.

Açıkça yetki verilmedikçe, vekilin genel vekaletnameye dayanarak sulh olması mümkün değildir (BK. m.388/3, HMK m.74). Fakat HMK m.77 uyarınca, vekaletnamesini ilk celsede vekaletnamesini sunmayan vekil, ertesi celsede kendisini sulha yetkili kılan vekaletnamesini ibraz edebilmelidir ve yaptığı sulh geçerli sayılmalıdır⁵².

Sulh, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir (HMK m.314). Taraflar, kanun yoluna başvurulduktan sonra, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'a sulh olduklarını bildirirlerse, bu mahkeme içi sulhtur ve esas incelemeye yetkili mahkemenin HMK m.315'e uygun işlem yapması gerekir⁵³.

2. Bir Uyuşmazlık veya Tereddütün Bulunması

Uyuşmazlık ve tereddüt en azından birinin bulunması, hem kazai hem de adi sulh için asli bir unsurdur ve bu unsurun görünüşte değil, gerçekten var olması gereklidir⁵⁴. Önceden taraflar arasında bir hukuki ilişki olmalı, uyuşmazlık ve tereddüt de bu hukuki ilişkinin konusu olmalıdır⁵⁵. Bu uyuşmazlık veya tereddüt hukuki (hukuki ilişkinin doğumu, kapsamı gibi) veya fiili konularda (akdin yapılma anındaki hastalık gibi) ya da hukuki ilişkinin yan şartlarında (cezai şart gibi) da var olabilir⁵⁶.

Uyuşmazlık, taraflar arasındaki her tür çekişme olabilir. Uyuşmazlığın var olması durumunda tarafların iddialarının birbirini tutmaması sözkonusudur.⁵⁷ Kazai sulhte uyuşmazlık dava konusu iken⁵⁸, adi sulh bakımından mutlaka bir davanın açılmış olması gerekmez⁵⁹.

Tereddüt ise uyuşmazlığa nazaran daha soyut bir kavramdır ve uyuşmazlığın bulunmadığı durumlarda tereddüt esas alınır; tereddüt de yoksa sulh olmanın anlamı yoktur. Yine, tereddüt iki taraflı olmalıdır; taraflardan biri için kesin olan hususlar sulhe konu olamaz.⁶⁰ Ancak tereddütün taraflarda aynı anda doğması şart değildir; taraflardan biri tek başına tereddüte düştüğünde karşı tarafa bunu yansıtabilir, onu ikna

⁵¹ "...Sulh maddi hukuk bakımından borcu, usul hukuku bakımından ise davayı sona erdiren sebeplerdendir... sulh, alacaklının tatmin edilmesi sonucunu doğurmuşsa bütün borçlulara sirayet eder. Ancak alacaklının, sulh için müteselsil borçlunun kendisine teklif ettiği menfaat mukabilinde sulh yoluyla diğer borçluların da borçtan kurtulmaları maksadıyla hareket etmiş olması lazımdır. Aksi takdirde, yani alacaklının tatmin edilmiş olmasının söz konusu edilemeyeceği hallerde sulhun etkisi subjektiftir; binaenaleyh sadece alacaklı ile sulh akdetmiş olan borçlu hakkında hüküm ifade eder. Bu halde, diğer borçlular, alacaklı ile sulh akdetmiş olan borçlunun iç münasebette hissesine isabet eden miktar oranında borçtan kurtulmuş olurlar ..." 4. HD 16.02.1979 E.1978/8214 K.1979/2031 KAZANCI İBB).

⁵² ANSAY, s. 204.

⁵³ UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2011, s. 886.

⁵⁴ ÖNEN, s. 24, 25.

⁵⁵ TANDOĞAN, s. 14.

⁵⁶ ÖNEN, s. 25.

⁵⁷ ÖNEN, s. 25.

⁵⁸ ÖNEN, s. 25.

⁵⁹ ÖNEN, s. 25 dipnot 29; TANDOĞAN s. 14.

⁶⁰ ÖNEN, s. 26.

edebilirse, tereddüt yine iki taraflı hale gelir⁶¹. Tereddütün devamlı olması gerekme-
yip, sulhun yapıldığı anda var olması yeterlidir. Ayrıca, şarta bağlı haklar da her ne
kadar konuları bakımından kesinlerse de, son bulmaları bakımından kesin olmadıkların-
dan şüpheli haklardır ve sulhün konusu olabilirler⁶².

Tereddüt unsuru, tarafların aralarındaki hukuki ilişkinin geçerliliği ya da hüküm
doğurup doğurmaması hususlarında duydukları endişe üzerine ortaya çıkar⁶³. Tered-
düt, hukuki ilişkinin varlığı, bu ilişkiden doğacak iddianın içerik ve biçimi gibi konu-
larda, yani hukuki olabileceği gibi fiili de olabilir- borçlunun malın durumunun kötü
olması nedeniyle iddiasını ne derecede gerçekleştirebileceğine ilişkin tereddüt gibi⁶⁴.

Tereddütün subjektif nitelikte olması (yani şüphenin taraflar açısından var ol-
ması) yeterlidir; objektif şüphe aranmaz⁶⁵.

3. Karşılıklı Fedakarlıklarda Bulunulması

Bu unsur sulh için çok önemlidir ve tarafların birbirlerine karşılıklı olarak müsamaha
göstermelerini ifade eder. Taraflardan birinin edimi, diğerinin sebebidir⁶⁶. Bu karşılık-
lılık olmazsa, yani taraflardan biri bir karşılık olmaksızın karşı tarafın iddiasını kabul
eder veya kendi iddiasından vazgeçerse, duruma göre ancak feragat veya kabulden
bahsedilebilir⁶⁷. Yalnız tam bir feragat ve tam bir kabul olsa bile, karşılıklı olmaları ve
aynı gayeye yönelmiş bulunmaları şartıyla, sulhün varlığından söz edilebilir⁶⁸.

Karşılıklı fedakarlığın birbirine eşit olması şart değildir; arada büyük oransızlık-
lar olması mümkündür⁶⁹. Ancak yine de, objektif iyiniyet kuralları açısından, asgari
bir tutarın altına düşmemesi yerinde olur⁷⁰. Yine, para ile ölçülebilen bir fedakarlığa
karşı yine para ile fedakarlık gösterilmesi şart değildir⁷¹. Ayrıca fedakarlığın uyumsuz-
lukla mutlaka uzaktan veya yakından ilgili olması gerekir⁷².

B.Sulh Çeşitleri

1. Mahkeme Dışı (Adi)- Mahkeme İçi (Kazai) Sulh

1.1 Mahkeme Dışı (Adi) Sulh

Mahkeme dışı (adi) sulh, tıpkı diğer sözleşmeler gibi, maddi hukuk hükümlerine tabi
olan bir sözleşmedir⁷³. Adi sulh için kanunun öngördüğü bir şekil şartı yoktur, ancak

⁶¹ ULUSAN, s. 152.

⁶² ÖNEN, s. 26.

⁶³ ULUSAN, s. 151.

⁶⁴ SEVİĞ, s. 145; ULUSAN, s. 152.

⁶⁵ TANDOĞAN, s. 15; ÖNEN, s.26; SEVİĞ, s. 145.

⁶⁶ ÖNEN, s. 27.

⁶⁷ SEVİĞ, s. 145.

⁶⁸ ÖNEN, s. 32.

⁶⁹ SEVİĞ, s. 146; ÖNEN, s. 31.

⁷⁰ ÖNEN, s. 31.

⁷¹ Örneğin, "muacceliyet kesbeden alacağın iki üç gün tecil edilmesi" gibi (SEVİĞ, s. 146).

⁷² ÖNEN, s. 29.

⁷³ KURU/ARSLAN/YILMAZ-Ders Kitabı, s. 538; SEVİĞ, s. 148; "...Sulh mahkeme önünde yapılabilir-
ği gibi mahkeme dışında da yapılabilir. Mahkeme dışı sulh diğer sözleşmeler gibi, tamamen maddi hukuk
hükümlerine tabidir..." 9.HD 24.03.2008 E.2008/9306 K.2008/5747 KAZANCI İBB); 6100 s. Kanun
YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)

içerdiği hususlar şekil şartına tabiyse, sulhun bu şekil şartına uygun olarak hazırlanması gerekir (gayrimenkul devri, bağışlama gibi.)⁷⁴. Buradan hareketle, sulhun şekle tabi olup olmayacağını belirleyen içeriği olacağını söylemek yanlış olmaz⁷⁵.

Mahkeme dışı sulhun yapıldığı esnada davanın açılmış olması gerekmez⁷⁶, ancak açılmış ve devam etmekte olan bir dava varsa bile, mahkeme dışı sulh görülmekte olan davayı etkilemez⁷⁷. Bu halde iki ihtimal ortaya çıkar: Taraflar yaptıkları sulh sözleşmesini mahkemeye verir, sulh olduklarını bildirir ve mahkeme de bunu tutanağa geçirirse adi sulh kazai sulha dönüşür veya taraflar böyle bir sözleşmeyi mahkemeye bildirmez, hatta taraflardan biri sulhun varlığını inkar ederse, adi sulha dayanan taraf, bunu ispatlamak durumunda kalır⁷⁸. Adi sulh eğer HMK m.200 kapsamına giriyorsa, senetle ispatı gerekir⁷⁹.

Hata, hile ve ikrah, adi sulhta da diğer sözleşmelerde olduğu gibi etkilidirler ve sözleşmenin iptaline neden olabilirler⁸⁰.

Taraflardan biri, diğer tarafın, eğer bilseydi sulhtan kesin olarak kaçınacağı hususları saklarsa, sulhun *hile* nedeniyle iptali istenebilir. *İkrah* da diğer sözleşmelerde olduğu gibi iptal edilebilirliğe neden olur. Hatta ortada bir hakkın kullanılması bile olsa, bu hakkın kullanılması, mevcut borcun çok daha fazlasının kazanılmasına alet edilmiş, bu durum bir silah olarak kullanılmış ise, yine de ikrahtan bahsedilebilecektir⁸¹.

Hükümet Gerekçesi: "...Tarafların mahkeme dışında yapacakları sulh, kuruluş ve etkileri bakımından kural olarak bir maddi hukuk işlemidir. Mahkeme dışı sulh borçlar hukukunun konusu olduğundan, bu maddede düzenleme dışı bırakılmıştır..." (KURU/ARSLAN/YILMAZ-HMK, s. 338 dipnot 414).

⁷⁴ SEVİĞ, s. 148-149; YAVUZ, s. 21; ULUSAN, s. 161; UMAR, s. 887.

⁷⁵ SEVİĞ, s. 148.

⁷⁶ TANDOĞAN, s. 14.

⁷⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ-Ders Kitabı, s. 538.

⁷⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ-Ders Kitabı, s. 538; "...mahkeme dışı sulhun tarafları bağlaması ve mahkemece dikkate alınması ila halde mümkündür. Birinci halde, taraflar mahkeme dışında sulh oldukları sözleşmeyi mahkemeye verip, buna göre sulh olduklarını bildirmişlerse, bu husus mahkemece tutanağa geçirilir taraflara okunur ve imza ettirilir, bu halde mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür. İkinci halde ise, taraflar ikisi birlikte davaya bakan mahkemeye sulh olduklarını bildirmezler ve taraflardan biri böyle bir sulh sözleşmesini inkâr ederse mahkeme dışı sulhe dayanan taraf bunu kanıtlamakla yükümlüdür...taraflarca mahkemeye harici bir sulhun varlığı iddia edilip, kanıtlanmış değildir. O halde mahkemece, davalının davacı tarafta verdiği senetlerin niteliği, karşılığının ödenip ödenmediği ve taraflar arasında kayıtsız şartsız bir sulhun mevcut olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre hükmün kurulmak gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." 11. HD. 14.05.2001 E.2001/2135 K.2001/4185 KAZANCI İBB);6100 s. Kanun Hükümet Gerekçesi: "...Taraflardan birinin mahkeme dışı sulh sözleşmesinin yapıldığı ve bu sözleşmeye uygun olarak mahkemece bir karar verilmesi gerektiği yolundaki iddia ve talebi, diğer tarafça kabul edilmediği takdirde, onun varlığının ve kapsamının iddia eden tarafça ispatlanması gerekecektir..." (KURU/ARSLAN/YILMAZ-HMK, s. 338 dipnot 414).

⁷⁹ UMAR, s. 887.

⁸⁰ SEVİĞ, s.151; ANSAY, s. 203.

⁸¹ SEVİĞ, s. 153-154.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Adi sulha uymamanın sonuçları, diğer alelade sözleşmelere uymamanın sonuçlarıyla aynı olup herhangi özellik göstermez; bağlı olan yaptırımları uygulamak için gidilecek sürecin hiçbir özelliği yoktur⁸².

1.2. Mahkeme İçi (Kazai) Sulh

Mahkeme içi sulh, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 313. İla 315. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. HMK m.313 sulhu “görülmekte olan bir davada tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.” şeklinde tanımlamıştır.

Mahkeme içi sulh, içeriği itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesidir⁸³. Ancak bu özelliği, onun usul hukukuyla olan ilişkisini zedelemeyiz; mahkeme içi sulh, tarafların mahkeme önünde iradelerini açıklamaları, bunun tutanağa geçirilmesi, icra edilebilmesi ve davayı sona erdirmesi gibi özellikleriyle usul hukuku ile sıkı bir ilişki içerisindedir⁸⁴.

Kazai sulh, şekle tabidir ve bu şekil şartı adi sulhta olduğu gibi ispat değil geçerlik şartıdır⁸⁵. Şekil, dar anlamıyla dava devam ederken tarafların sulh sözleşmesini mahkemeye bildirmeleri ve mahkemenin de bunu tutanağa geçirerek taraflara imzalayıp onaylatmasıdır⁸⁶. Mahkemeye yöneltilen böyle bir beyan hakim tarafından olumlu karşılandıktan sonra tutanağa geçirilebilir⁸⁷. Hakim, tarafların konusu üzerinde tasarruf yetkisinin olmadığı, ahlaka ve adaba aykırı olan ya da izne muhtaç olup izin alınmaksızın mahkemeye beyan edilen sulhu tutanağa geçirmez. Bu gibi haller dışında hakim sulhu sebepsiz olarak reddedemez⁸⁸.

Sulh için ayrı bir tutanak düzenlenmesi gerekmez, ancak istinabe mahkemesi huzurunda sulh olunacaksa istinabe mahkemesi ayrı bir tutanak düzenlemeli, bu tutanağı asıl mahkemeye yolladıktan sonra da asıl mahkeme sulhu kendi tutanağına geçirmelidir⁸⁹.

Mahkeme içi sulhun davayı sona erdirmesi, şekli kesin hüküm sonuçlarını doğurması hukuki etkileri, tutanağın imzalanıp onaylanmasından sonra mümkündür; ancak ilamlar gibi icra edilebilme özelliği, mahkemenin sulhu tutanak üzerinde tespit edip bu tutanağı imzalamasıyla mümkün olacaktır⁹⁰.

Mahkeme içi sulhta, sulha konu bir taşınmaz olsa bile, ona özgü şekil şartına tabi değildir, yani bu halde dahi tutanağın imzalanmasıyla geçerli bir sulh sözleşmesi yapılmış olur⁹¹.

⁸² UMAR, s. 888.

⁸³ TANRIVER, s. 38.

⁸⁴ TANRIVER, s. 38.

⁸⁵ TANRIVER, s. 39; TANDOĞAN, s. 15 dipnot 4c; 6100 s. Kanun Hükümet Gerekçesi: “... üçüncü fıkrada... (ç) bendinde, imza ile onanması zorunlu bazı işlemler gösterilmiş, böylece bu konularda imzanın bir şekil şartı olduğu kabul edilmiştir.” (KURU/ARSLAN/YILMAZ-HMK, s. 205 dipnot 206).

⁸⁶ ÖNEN, s. 114.

⁸⁷ ÖNEN, s. 115.

⁸⁸ ÖNEN, s. 118.

⁸⁹ ÖNEN, s. 117.

⁹⁰ ÖNEN, s. 122-123.

⁹¹ UMAR, s. 885; TANRIVER, s. 42.

Mahkeme içi sulhun yapılmasının iki şekli vardır: Taraflar sulh olmak istediklerini hakime bildirir, böylece hakim sulh anlaşmasını HMK m.154/1'e uygun olarak tutanağa yazar veya taraflar mahkeme dışında yaptıkları bir sulh sözleşmesini mahkemeye sunarlar, hakim de bu sözleşmenin *verildiğini* tutanağa geçirir. İkinci ihtimalde, duruşma tutanağına eklenen yazılı belgelerin içeriği de tutanak metni sayıldığından (m.154/4), bu yazılı sözleşmenin tutanağa tekrar yazılmasına ihtiyaç yoktur⁹².

Mahkeme içi sulhun mahkeme huzurunda ve hakim önünde yapılması gerekir; mahkeme veya celse dışında yapılan sulh, taraflar sulh olma iradelerini hakime bildirmedikçe kazai sulh sayılmaz⁹³. Aynı zamanda sulh, davanın ait olduğu yargı kolunda değil de başka bir yargı kolunda açılmış olması halinde, mahkeme içi sulh sayılmaz; sadece mahkeme dışı sulh olabilir⁹⁴. Mahkemenin görevli, yetkili ya da kesin yetkili olmaması ise, sulhun mahkeme içi sulh olarak geçerliliğine engel değildir⁹⁵.

6100 sayılı kanun öncesi derdestlik bir ilk itiraz olduğundan, bu ilk itirazın ileri sürülmemesi ve davanın iki ayrı mahkemede bir sulh bir de hüküm ile sonuçlandırılmasında ortaya çıkacak karışıklık bakımından, doktrinde sulhun hükümsüz sayılarak hükme itibar edilmesi gerektiği savunulmuştur⁹⁶. 6100 sayılı kanunun davanın derdest olmamasını artık bir dava şartı olarak kabul ettiğini (HMK m.114/1) göz önünde bulundurursak, dava şartı hakim tarafından ve davanın her aşamasında resen incelenebileceği için, yukarıda sözünü ettiğimiz sorun zaten çözülmüş olacaktır. Yine de, halihazırda derdest bir dava varken diğer davada hüküm verilmişse ve daha sonra öteki davada sulh olunmuşsa, yine hükme itibar edilmelidir. Aynı şekilde, önce davalardan biri sulh ile sonuçlanmış daha sonra diğeri bir hüküm vermişse, bu hal bir mutlak bozma sebebi olmalıdır.

Reddi mümkün hakim önünde yapılan sulh, hakim eğer reddedilmemişse geçerli olmalıdır⁹⁷. Buna karşılık, 6100 sayılı kanunla birlikte, tarafların muvafakati olsa bile davaya bakmaktan yasaklı hakim davaya devam edemeyeceğinden ve bu hakim verdiği tüm hüküm ve kararlar iptal edileceğinden (HMK m.35), yasaklı hakim huzurunda yapılan sulhu geçersiz saymak gerekir⁹⁸.

Keşif sırasında yapılan sulh de mahkeme içi sulhtur⁹⁹.

Çeşitli merciler huzurunda yapılan sulhların mahkeme içi sulh sayılıp sayılmayacağı hususuna gelirsek:

Hakemler Önünde Yapılan Sulhler, 6100 sayılı kanun öncesi doktrinde (1086 sayılı kanunda bir hüküm yer almaması da gerekçe gösterilerek¹⁰⁰) hakem mahkemeleri de devlet mahkemeleri gibi karar verdiğinden, mahkeme içi sulh olarak nitelendirilmesi gerektiği, ancak bu sulhun geçerlilik kazanmasının, yetkili mahkemece onay-

⁹² KURU/ARSLAN/YILMAZ- Ders Kitabı, s. 535.

⁹³ ÖNEN, s. 88.

⁹⁴ ÖNEN, s. 89.

⁹⁵ ÖNEN, s. 89.

⁹⁶ ÖNEN, s. 91-92.

⁹⁷ ÖNEN, s. 94.

⁹⁸ 6100 s. Kanun öncesi için bkz. ÖNEN, s. 94-95.

⁹⁹ ÖNEN, s. 97; TANRIVER, s. 43.

¹⁰⁰ ÖNEN, s. 98.

lanmasına bağlı olduğu belirtilmekteydi¹⁰¹. 6100 sayılı kanun, tahkim yargılaması sırasında yapılan sulha yer vermiş, tarafların talebi ahlaka veya kamu düzenine aykırı olmadıkça veya tahkime elverişli bir konuya ilişkinse hakem kararı olarak tespit edileceğini belirtmiştir (HMK m.434). Bu halde tahkim yargılamasındaki sulhu mahkeme içi sulh olarak nitelendirmek gerekir.

İcra Mahkemeleri Önünde Yapılan Sulhler, icra mahkemesi de bir mahkeme olduğuna göre, burada da mahkeme içi sulhun varlığı kabul edilmelidir¹⁰².

İcra Daireleri Önünde Yapılan Sulhler, icra daireleri birer mahkeme olmadığından ve mahkeme içi sulh için açılmış bir dava gerektiğinden, mahkeme içi sulh sayılmamalıdır¹⁰³.

2. Diğer Sulh Çeşitleri¹⁰⁴

2.1. Çözümlediği Uyuşmazlık Bölümüne Göre

Davanın Bütününde Sulh, davalı ve davacının uyuşmazlığın tamamı üzerinde, tamamen ve tüm yönleriyle çözüme ulaştığı, uyuşmazlığı tüm ayrıntılarıyla düzenleyen ve bir nevi davayı sonuçlandıran sulh çeşididir¹⁰⁵.

Davanın Bir Bölümünde Sulh, davanın tümü üzerinde değil bir kısmı üzerinde yapılır. Bu kısım, davanın madden bölünebilen bir kısmı, ileri sürülen iddialardan bir veya birkaçı ya da karşılık dava açılmışsa yalnız karşılık dava veya yalnız asıl dava olabilir¹⁰⁶.

Toplu Sulh ise, tarafların, aynı veya farklı mahkemelerdeki birden çok dava ya da uyuşmazlıklarını tek bir sulh ile sonuçlandırmasıdır¹⁰⁷.

2.2. İlişkin Olduğu Muhtevaya Göre¹⁰⁸

Somut Sulh, asıl konu edilen sulh budur; burada sulh somut bir olaya ilişkindir.

Soyut Sulh durumunda maddi hukuk ilişkisi üzerinde sulha varılmaz; konu, soyut bir meseledir. Tarafların uyuşmazlığın maddi yönüne dokunmayıp, ileride açılacak bir davanın konusunu oluşturacağını veya sadece davalının davacıyla uzlaşarak davasının geri alması¹⁰⁹, bu türe örnek gösterilebilir.

2.3. Devam Süresine Göre¹¹⁰

Kesin Sulh, uyuşmazlığı kesin olarak çözer ve doğurduğu sonuçlar süreklidir. *Geçici Sulh* uyuşmazlığı sürekli olmayan bir uzlaşmayla çözer.

¹⁰¹ ÖNEN, s. 98-99; TANRIVER, s. 44.

¹⁰² ÖNEN, s. 99; TANRIVER, s. 45.

¹⁰³ ÖNEN, s. 100; TANRIVER, s. 44.

¹⁰⁴ ÖNEN, s. 51-61.

¹⁰⁵ ÖNEN, s. 51.

¹⁰⁶ ÖNEN, s. 52.

¹⁰⁷ ÖNEN, s. 55.

¹⁰⁸ ÖNEN, s. 56.

¹⁰⁹ ÖNEN, s. 56 dipnot 88.

¹¹⁰ ÖNEN, s. 56.

III. SULHUN HÜKÜM VE SONUÇLARI İLE HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Sulhun Hüküm ve Sonuçları

1. Uyuşmazlığın Sona Ermesi

Sulh, taraflar arasındaki tereddütlü ve çekişmeli hukuki ilişkiyi ortadan kaldırıp, yerine subjektif bir belirliliği koyar¹¹¹. Taraflardan biri sulh sözleşmesiyle yeni bir düzene kavuşturulmuş eski taleplerini ileri sürdüğünde, diğer taraf sulh sözleşmesine dayanarak bir def'i ileri sürebilecektir¹¹².

Sulh mahkeme salonunda, ama hakim önünde değil de zabıt katibi önünde yapılırsa mahkeme dışı sulhtur ve Borçlar Kanununun sözleşmelere ilişkin genel hükümlerine tabidir. Mahkeme dışı sulh tarafları bağlar ve davanın görülmesi esnasında böyle bir sözleşmenin yapıldığını, buna göre hüküm verilmesi gerektiğini ileri sürebilir. Böyle bir durumda mahkeme sözleşmeyi değerlendirip ona göre hüküm vermelidir¹¹³. Mahkeme dışı sulh tutanağa geçirildikten sonra mahkeme içi sulha dönüşür¹¹⁴ ve onun gibi sonuç doğurur.

Mahkeme içi sulh, davayı kendiliğinden sona erdirir; bunun için ayrıca bir hüküm verilmesi gerekmez¹¹⁵. HMK da sulhun davayı sona erdirdiğini ve kesin hüküm gibi sonuç doğuracağını belirtmiştir (m.315/1)¹¹⁶.

Mahkeme içi sulhta tarafların iki seçeneği vardır: Taleplerine göre mahkeme ya sulhu tespit etmekle yetinir ya da sulh sözleşmesine göre hüküm kurar.¹¹⁷ İlk halde mahkeme sulhu tutanağa geçirip "karar verilmesine yer olmadığı" kararı verir. İkinci halde ise sulh sözleşmesine göre karar verir; tarafların uyuşmazlığın esaslı noktalarında sulh olmaları durumunda bunların ayrıntılı olarak hükümde yer almasını talep etmeleri yerinde olacaktır¹¹⁸.

2. Kesin Hüküm Gibi Sonuç Doğurması

6100 sayılı kanundan önce sulhun kesinliği hususunda *sulhun kesin hüküm teşkil etmeyeceği, sulhun kesin hüküm teşkil edeceği ve sulhun kesin hükme benzer sonuçlar doğuracağı* yönünde görüşler bulunmaktaydı¹¹⁹. 6100 sayılı kanun 315. Maddesinde "kesin hüküm gibi sonuç doğurur" demekle sulhun kesin hükme benzer sonuçlar doğuracağını kabul etmiş görünmektedir.

Buradaki kesinlik maddi anlamda kesinlik olmayıp, şekli anlamda kesinliktir. Çünkü maddi anlamda kesinlik, maddi gerçeği içerir¹²⁰. Oysa sulh bir taraf işlemi ol-

¹¹¹ ULUSAN, s. 162.

¹¹² ULUSAN, s. 163.

¹¹³ UMAR, s. 887.

¹¹⁴ UMAR, s. 888.

¹¹⁵ TANRIVER, s. 46.

¹¹⁶ 1086 sayılı kanun zamanında sulhun davayı kendiliğinden mi yoksa ayrı bir mahkeme kararı ile mi sona erdireceği düzenlenmediğinden, bu konu tartışmalıydı. İlgili görüşler için bkz. TANRIVER, s.45-47; ÖNEN, s. 131-144.

¹¹⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ-Ders Kitabı, s. 536; UMAR, s. 889.

¹¹⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ-Ders Kitabı, s. 536.

¹¹⁹ ÖNEN, s. 145-150.

¹²⁰ MERİÇ, taraflar, sulhun tespitini değil, içeriğinin tutanağa geçirilmesini talep ederlerse, artık hükümde yer alacak bu sulhun maddi ve şekli anlamda kesin hüküm teşkil edeceği görüşündedir (MERİÇ, s.210).
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

duğundan, adli gerçeği yansıtamaz. Öyleyse mahkeme içi sulh bağlayıcı değildir. Aynı uyuşmazlık, aynı taraf ve sebeplerle tekrar çekişme konusu yapılabilir. Burada sulhun yol açtığı kesinlik şekli anlamda kesinliktir¹²¹; sulhe karşı kanun yoluna gidilemez¹²².

Sulhun maddi anlamda kesinlik taşımaması nedeniyle, aynı konu, taraf ve sebeplerle tekrar dava açılabilirliğinden, mevcut bulunan sulh sebebiyle bir *sulh def'i* ileri sürebilmelidir. Bu bir itiraz olmayıp, hakim tarafından resen dikkate alınmaz¹²³.

3. İcra Edilebilirlik

İİK m.38 uyarınca, mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir¹²⁴. Kanun koyucunun sulha böyle bir niteliği vermesi, usul ekonomisi ve takip ekonomisi ilkeleriyle açıklanabilir¹²⁵.

Mahkeme içi sulhlara, yalnızca icra edilebilirlik bakımından ilam niteliği verilmiştir. Sulhun şarta bağlı yapılabilmesi ve irade fesadı halleriyle iptalinin istenebilmesi bu sonuca ulaştırmaktadır¹²⁶.

Sulhun icra edilebilir olması, yani içeriğinin bir edimin ifasını sağlamaya yönelik olması gerekir. İçerik salt hukuki bir ilişkinin belirlenmesine yönelikse, bu sulh icra edilebilir olmaz, ancak yargılama giderleri bakımından icrası mümkün olabilir¹²⁷.

Müdahil konumunda olan kişiler sulh olamazlar¹²⁸, ancak davanın tarafı olmayanlar da bazı hallerde sulha dayanarak ilamın icrasına başvurabilir. Davanın tarafı olmayıp, fer'i müdahil olarak davaya katılan kişi de sulhun icrai niteliğinden fer'i müdahil sıfatıyla yararlanır. Fer'i müdahil bakımından bazı bağımsız edimlerin ifası sulhte düzenlenmişse, fer'i müdahil bunları tek başına da icraya koyabilir¹²⁹.

Asli müdahil ise, asıl davanın tarafları ile kendisi arasında yapılmış bir sulh varsa ona dayanarak icra takibi yapabilirse de, kendisi asli müdahale davası açmışken

¹²¹ Ancak Yargıtay bir kararında isabetsiz olarak sulhu maddi anlamda kesin hüküm olarak nitelendirmiş-tir: "*Dava dosyası içerisinde bulunan 1996/329 ve 330 esas sayılı Isparta Sulh Hukuk Mahkemesinin dosyasının içeriğine göre; 26.9.1996 tarihli oturumda davalının davaya konu taşınmazları 15.11.1996 tarihinde tahliye edeceğini beyan etmesi ve de tarafların bu şekilde oluşan (sulhün) tespitine karar verilmesini istemeleri üzerine mahkemece sulh anlaşmasını tespit etmekle yetinildiği anlaşılmaktadır ... Yukarıda sözü edilen şarta bağlı olmayan sulh, maddi anlamda kesin hüküm (HUMK md. 237) olup mahkeme ilamı gibi icra edilir (İİK md. 38). O halde maddi anlamda kesin hüküm niteliğindeki sulhün tespitine ilişkin kararlar taraflar arasındaki kira ilişkisinin sona erdiğinin kabulü gerekmektedir...*" 3. HD 22.04.1999 E.1999/3451 K.4087 (KAZANCI İBB).

¹²² ÖNEN, s. 145-150.

¹²³ ÖNEN, s. 151.

¹²⁴ TANRIVER, s. 48; ÖNEN, s. 153.

¹²⁵ TANRIVER, s. 48.

¹²⁶ TANRIVER, s. 48.

¹²⁷ TANRIVER, s. 49; ÖNEN, s. 157.

¹²⁸ "... İltihak olunan tarafın gıyabında cereyan eden davada müdahil müsterek amaca uygun olarak davaya iltihak ettikten sonra zamanaşımı savunmasını ileri sürer ve hasım taraf zımnen kabulü ifade edecek bir zaman geçtikten sonra tevsi itirazında bulunursa bu itiraz mahkemece nazara alınmayarak zamanaşımı itirazının incelenmesi gerekir Ancak müdahil iltihak ettiği tarafın vekili olmadığı için, davayı kabul ve feragat edemez ve sulh olamaz." 11. HD, 28.01.1975 E.1974/3828 K.1975/482 (KAZANCI İBB).

¹²⁹ TANRIVER, s. 49.

tarafaların asıl davayı sulh olarak sonlandırmaları karşısında bu sulha dayanarak ilamlı icraya başvurulamaz¹³⁰.

Üçüncü kişi lehine sulh akdedilmişse, bu sulh geçerlidir. Tam üçüncü kişi lehine sulh, üçüncü kişiye sulhu tek başına icraya koyma imkanı verir. Ancak üçüncü kişinin bunu yapabilmesi, kendi lehine ifa edilecek edimlerden dolayı talep hakkının bulunduğu açıkça belirtilmesine bağlıdır; BK m.111'deki hal ve şartlar ile örf ve adete göre belirleme burada geçerli değildir¹³¹.

Eğer sulhun şarta bağlanması mümkünse, icra edilmesinin de mümkün olması gerekir, çünkü sulh davayı doğrudan sona erdirir. Dolayısıyla burada davayı sona erdiren bir hüküm sonucu değil bizzat sulh olduğundan, hükmün şarta bağlanamayacağı kuralı da çiğnenmiş olmaz. İnfisahi şart varsa derhal, taliki şart varsa şartın gerçekleşmesiyle icra edilebilir olmalıdır¹³².

Yukarıda sayılan bu üç sonuç dışında, sulhun fer'i haklara olan etkisinin de üzerinde durmak gerekir:

* Sulh ile eski hukuki ilişki ortadan kalkmıyor, sadece tadile uğruyorsa, bu hukuki ilişkiye bağlı fer'i haklar da muhafaza edilir.

* Ancak sulh eski hukuki ilişkiyi borcun yenilenmesi (tecdit) yoluyla ortadan kaldırıyor, bu hukuki ilişkiye bağlı fer'i haklar da ortadan kalkar¹³³.

B. Sulhun Hükümsüzlüğü

Sulhun geçerliliği öncelikle maddi hukuka göre geçerli oluşuna bağlıdır. Bu durumda maddi hukuka ilişkin nedenlerle hükümsüzlüğü hakkında BK uygulanacaktır¹³⁴. Ancak sulhun yargılama hukukuna ilişkin nedenlerle de hükümsüz olabilir. Maddi hukuk yönünden sulh hem batıl hem de iptal edilebilir olabilirken, yargılama hukukuna ilişkin nedenlerle hükümsüzlük ancak butlan şeklinde görülebilir. Bu da örneğin taraf ve dava ehliyetlerinin olmayışı, görevsiz mahkemenin, yasaklı veya reddedilen hakimin önünde sulh olunması, tutanağın sulha ilişkin kısmının imzalanmaması olabilir¹³⁵.

1. Butlan

Emredici kanun hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişisel haklara aykırı veya konusu imkansız ya da haksız bir sebebe dayanan sulh mutlak butlanla batıldır. Kısmi butlan da yerine göre sözkonusu olabilir. Sulhtaki kayıtlardan bir veya birkaçının hükümsüz olması, o kayıtlar olmaksızın sözleşme yapılamayacağı sonucunu doğurmadıkça, sulhun tamamını geçersiz kılmaz¹³⁶.

¹³⁰ TANRIVER, s. 49-50.

¹³¹ TANRIVER, s. 51-52; ÖNEN, s. 156.

¹³² TANRIVER, s. 51.

¹³³ SEVİĞ, s. 154.

¹³⁴ ÖNEN, s. 173.

¹³⁵ ÖNEN, s. 176-177.

¹³⁶ ÖNEN, s. 173-174.

2. İrade Fesadı Hallerinde İptal Edilebilirlik

2.1 Hata

Hata nedeniyle sulh sözleşmesinin iptal edilebilirliği, genel olarak diğer sözleşmelerdeki gibidir; bu bakımdan sulhun adi veya kazai oluşu bakımından fark da yoktur¹³⁷. Kaldı ki 6100 sayılı kanun da sulhun hata, hile ve ikrah nedeniyle iptal edilebileceğine yer vermiştir (HMK m.315).

Sulh, Borçlar Kanununda öngörülen esaslı hata hallerinde iptal edilebilir. Esaslı olmayan hata geçerliliğini etkilemez; bu nedenle saikte hata, hesap yanlışlıkları ve ispat vasıtasında hata ile sulh iptal edilemez¹³⁸.

Sulhun saik ve sebebi olan hakta hata, sözleşmeyi geçersiz kılmaz; sulhun doğası gereği taraflardan en azından birinin hataya düşmüş olması gerekir. Hatanın çekişmeli veya tereddütlü hususlara ilişkin olmaması gerekir¹³⁹. Hata nedeniyle sulhun iptal edilebilmesi için hata her iki tarafta var olması¹⁴⁰, uyuşmazlığın konusuyla değil, vakıalarla ilgili bulunması ve gerçek durum bilinseydi uyuşmazlığın çıkmayacak olması gerekir¹⁴¹.

2.2 Hile ve İkra

Hile ve ikrah da Borçlar Kanunu uyarınca sözleşmenin iptaline neden olabilirler¹⁴². Hata, sulhun konusu olan uyuşmazlığa ilişkin olduğunda iptal edilebilirlik nedeni olmazken, hile olabilir. Taraflardan biri diğer tarafı hile ile sulha sevk etmişse, hileye maruz kalan tarafın sulhun iptal edilmesini talep hakkı vardır¹⁴³.

3. Gabin

Sulhta gabin de bir iptal sebebidir. Ancak bunun için, sulhun unsurlarından biri olan karşılıklı fedakarlık durumunun incelenmesi ve bu fedakarlıkların aşırı derecede oransız olmaması gereklidir. Bu durum taraflar arasında sulhtan önce mevcut olan hukuki ilişkinin incelenmesiyle meydana çıkar¹⁴⁴.

4. Rücu ve Fesih

Mahkeme dışı sulhtan rücu ve fesih, Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olması nedeniyle mümkündür¹⁴⁵. Ancak mahkeme içi sulh açısından aynı şey söylenemez¹⁴⁶. 6100 sayılı kanun irade fesadı halleriyle gabini hallerinde sulhun iptalini uygun görmüşken, metninde rücu ve feshe yer vermemiştir.

¹³⁷ ÖNEN, s. 174.

¹³⁸ ÖNEN, s. 175.

¹³⁹ ÖNEN, s. 175; SEVİĞ s. 150; ULUSAN, s. 165.

¹⁴⁰ SEVİĞ, s. 151; ÖNEN, s. 175.

¹⁴¹ SEVİĞ, s. 151-152; ULUSAN, s. 165.

¹⁴² ÖNEN, s. 175; SEVİĞ, s.149; ULUSAN, s. 166.

¹⁴³ SEVİĞ, s. 150.

¹⁴⁴ ÖNEN, s. 176.

¹⁴⁵ ÖNEN, s. 190.

¹⁴⁶ Aksi görüşler için: ÖNEN, s. 19-192.

5. Sulhun Hükümsüzlüğünün Yaratacağı Etkiler

Adi sulh, yukarıda da bahsedildiği üzere, sıradan bir maddi hukuk sözleşmesi olduğundan, hükümsüzlüğünün de ortaya çıkaracağı sonuçlar bir borçlar hukuku meselesi olacaktır.

Ancak HMK'nın da belirttiği üzere, mahkeme içi sulhlar kesin hüküm gibi sonuç doğuracağından, mahkemenin sulh üzerine verdiği hükmün akibetinin ne olacağını kestirmek gerekir. Her ne kadar hüküm, açıklandıktan sonra eksik veya yanlış olduğu saptansa dahi değiştirilemezse de¹⁴⁷, sulha kanunda da belirtildiği gibi sadece kesin hükmün neticeleri bağlanmıştır; sulh kesin hüküm teşkil etmez. Burada mahkemenin verdiği hüküm, bir yargısal faaliyet ürünü değildir¹⁴⁸. Dolayısıyla irade fesadı nedeniyle sulh iptal edilebildiğinde, kamu yararını ifade eden mahkeme kararının ortadan kaldırılabilmesi için, ayrı bir tespit ya da iptal kararına ihtiyaç duyulacaktır^{149, 150}.

SONUÇ

Taraflar karşılıklı fedakarlık göstererek aralarındaki uyuşmazlığı ya da tereddütü mahkemenin kesin hükmüne ihtiyaç duymadan sulh sözleşmesiyle de sona erdirebilirler. Bu sözleşme hem mahkeme içi hem de mahkeme dışı olabilir ki, mahkeme dışı sulhun bu şekilde bir özellik gösterebilmesi yine mahkemeye bildirilip tutanağa geçirilmesi ile mümkün olabilecektir. Yoksa mahkeme dışı sulhun işlevi, ancak görülmekte olan başka bir davada taraflardan birinin aralarında böyle bir sözleşme olduğunu ispatlamasına bağlı olarak doğacaktır. Bu durumda söyleyebileceğimiz, mahkeme dışı sulhun, mahkeme içi sulha dönüşmedikçe alelade bir maddi hukuk sözleşmesinden farkı olmayacağıdır.

Sulh temel olarak, ibradan karşılıklı fedakarlık unsuru ile, davayı sona erdiren diğer taraf işlemleri feragat ve kabulden de bir sözleşme oluşuyla ayrılır. Yine sulh, bir sözleşme oluşuyla maddi hukuk, uyuşmazlığı kesin hükümle sona ermiş gibi sonuçla bağlamasıyla da usul hukuku boyutu taşır.

Genel olarak sulhun sonuçları uyuşmazlığın sona ermesi, kesin hüküm gibi sonuç doğurması ve ilamlı icra yoluyla takibe imkan verebilmesidir. Burada 6100 sayılı kanunun açık lafzından hareketle sulhun kesin hüküm olmadığını, *kesin hüküm gibi sonuç doğurduğunu*, bu nedenle kendisine karşı kanun yollarına başvurulamayacağını ve hükümsüz olması nedeniyle iptali için davası açılabileceğini hatırlamak gerekir. Ayrıca kefalet, rehin ve benzeri fer'i hakların sürüp sürmeyeceği de sulhun kendisinden önceki hukuki ilişkiye etkisiyle yakından bağlantılıdır.

6100 sayılı kanun sulhun hata, hile, ikrah ve gabinle iptal edilebileceğini düzenlemesine karşın, rücu ve fesih ile sulhun hükümsüz kalacağını düzenlememiştir. Bu nedenle kazai sulhtan tek taraflı beyanla rücu veya sulhun feshi mümkün kabul edil-

¹⁴⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 539-540.

¹⁴⁸ MERİÇ, s. 211.

¹⁴⁹ MERİÇ, s. 211 dipnot 145.

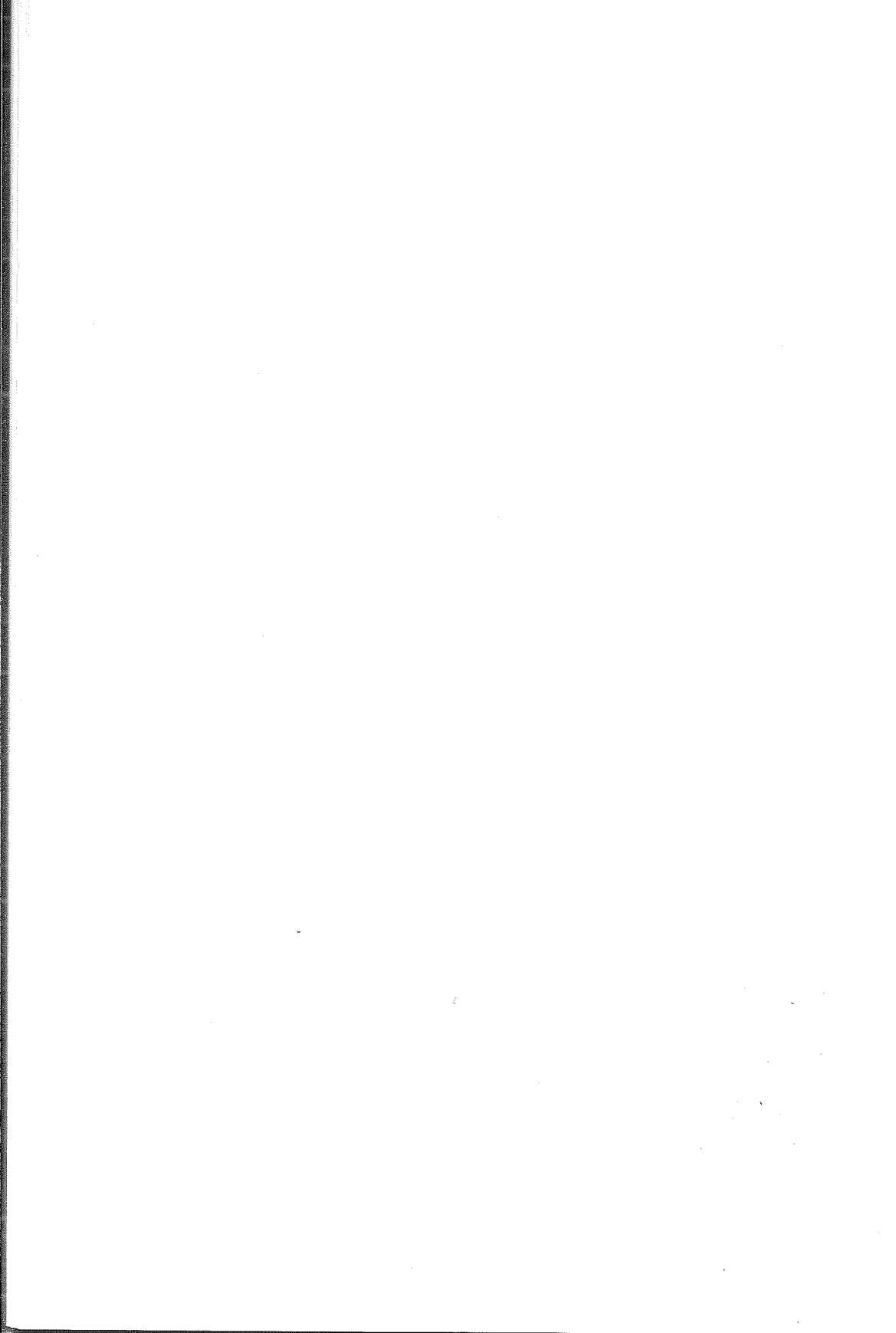
¹⁵⁰ Hükümet Gerekçesi: "... Ortada mahkemece verilmiş bir hüküm olmadığından, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi de mümkün olmadığından, kesin hüküm niteliğindeki sulhun, iradeyi sakatlayan sebeplere veya jgabine dayanılarak iptali için ayrı bir dava açılması gerekecektir." (KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 339 dipnot 416).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

memelidir. Öte yandan, mahkeme tutanağına geçirilmemiş adi sulh tamamen borçlar hukukuna tabi olduğundan, rücu ve fesihden bahsedilebilir.

KAYNAKÇA

- AKYOL-ASLAN, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010.
- ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- ANSAY, Şakir: Sulh, AÜHFD, 1943/2, s.200-209.
- ARIK, Fikret: İçtihat Kroniği-Mahkeme Önünde Sulh, SBF, 1954/1, s.141-157.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- ERMENEK, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr)
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2011.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2011.
- MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf Yetkisi, Ankara 2011.
- MUŞUL, Timuçin: Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2009.
- ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011 (10. Bası).
- SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER 2005, s.353-369.
- TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2008.
- TANRIVER, Süha: Makalelerim I, 2005.
- Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.org.tr)
- ULUSAN, İlhan: Maddi Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD 1971/7, s.149-146.
- UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2011.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1986.
- ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008.



ANAYASA MADDE 73, FIKRA 2’NİN BAĞLAYICILIĞI
(*THE BINDING FORCE OF ARTICLE 73, PARAGRAPH 2 OF 1982 TURKISH CONSTITUTION*)

Araş. Gör. / Res. Assst. Sema AYATAR KIZILYAR*

ÖZET

1961 Anayasası’nda bulunmayan “*vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi*” 1982 Anayasası m.73/ f.2 hükmüyle “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*” şeklinde anayasal bir düzenleme halini almıştır. 1982 Anayasası m.73/ f.2’in gerekçesi “*Vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi getirilmiştir.*”¹ şeklinde olup hükmün ne anlama geldiğini aydınlatılabilmekten uzak görünmektedir. Çalışmamızda, Anayasa m.73/f.2’nin bağlayıcılığı ve Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilme kabiliyeti; sırasıyla, Anayasa Hukuku öğretisi, sosyal devlet ilkesi, maliye öğretisi ve Yüksek Mahkeme içtihatları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Ölçü norm, sosyal devlet ilkesi, vergilendirme, mali güç, vergi yükü, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacı.*

ABSTRACT

The principle of equitable and balanced distribution of tax burden did not exist in 1961 Turkish Constitution. In Article 73, paragraph 2 of 1982 Turkish Constitution, it is regulated as “The social objective of fiscal policy is the equitable and balanced distribution of tax burden”. The rationale of the Article 73 paragraph 2 of 1982 Turkish Constitution states that, “The principle of equitable and balanced distribution of Tax and other financial obligations has been accepted.” The rationale seems far from being illuminated by the text of Article 73, paragraph 2. In this article, the binding force of article 73, paragraph 2 of 1982 Turkish Constitution and its ability to be used as a measure norm in constitutionality control will be examined in the light of doctrine of constitutional law, the principle of social state, doctrine of finance and the jurisprudence of the Constitutional Court.

Keywords: *Measure norm, principle of social state, taxation, financial strength, tax burden, equitable and balanced distribution of tax burden, social objective of fiscal policy.*

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sema_ayatar@hotmail.com
¹ GEREK, Şahnaz/ AYDIN, Ali Rıza, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.114.

I. Anayasa Hukuku Dairesinde m.73/ f.2'nin Ölçü Norm Olması

1982 Anayasası, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." şeklindeki 11. maddesi ile üstünlüğünü ve bağlayıcılığını ilan etmiştir. Vergilendirmeye ilişkin olarak 1982 Anayasası 2. Kısım 4. Bölüm'de Siyasi Hak ve Ödevler başlığı altında düzenlenen "Vergi Ödevi" başlıklı 73. madde hükmünün de Anayasa hükmü olması dolayısıyla üstün ve bağlayıcı olduğu tartışmasızdır. Anayasa m. 73'e göre,

"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükümlünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir."²

Anayasa hükümlerinin üstün ve bağlayıcı olmasının Anayasa yargısı bakımından sonucu, söz konusu hükümlerin Anayasa'ya uygunluk denetiminde "ölçü norm" olarak kullanılmalıdır. Anayasa Hukuku terminolojisine göre ölçü normlar, Anayasa'ya uygunluk denetiminde denetlenen kanunun kendilerine uygunluğunun araştırıldığı anayasal değerdeki normlardır.³ Öğretide, bazı müelliflerce⁴ savunulduğu üzere yalnızca anayasa metninden yahut anayasa metni dışındaki diğer ilke ve kurallardan⁵ oluştuğu kabul edilen ve anayasaya uygunluk denetiminde kullanılacak tüm ölçü normları içeren gruba "Ölçü Normlar Bloku" ya da "Anayasallık Bloku" adı verilmektedir.⁶

Türk Anayasa Hukuku öğretisinde de tartışmasız olarak kabul edildiği üzere, "Anayasallık Bloku" içinde asıl ölçü normlar, Anayasa metninde ifade bulan ilke ve kurallardır. Anayasa'nın lafzına ve Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında Anayasa kuralları arasında bir kademelenme olduğu görülmektedir; bu çerçevede, ölçü norm olma değeri bakımından Anayasa ilke ve kuralları arasındaki kademelenmenin, Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği üzere yukarıdan aşağıya doğru; Atatürk İlke ve İlkeleri, Başlangıç'taki ilkeler, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler, klasik haklara ilişkin ilkeler, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin Anayasa kuralları, Anayasa'nın maddi an-

² T.C. Anayasası, <http://www.anayasa.gov.tr> (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

³ GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s. 881.

⁴ GÖZLER, Kemal, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?" (Anı-lış: Anayasallık Bloğu), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 55- 3, Temmuz-Eylül 2000, s. 81 vd.

⁵ "... (1961 ve 1982 Anayasaları kastedilerek) Bütün bu Anayasalar'daki pozitif kurallar ve AYM kararları bize, özellikle 1982 Anayasası açısından, "Uluslararası Hukuk Kuralları" ve "Atatürk İlke ve İlkeleri", Anayasallık Bloku'nda, Anayasa-üstü ölçü normlar kategorisi içinde yer vermemiz ve incelememiz gerektiğini göstermektedir." Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku (Doçentlik Tezi)*, T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1991, s. 7.

⁶ TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul, Eylül, 2004, s. 460 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

lamdaki diğer kuralları ve şekli anlamda anayasa kuralları şeklinde olduğu söylenebilir. Müellifin isabetle ifade ettiği üzere, bu kademelenmenin Anayasa yargısı bakımından sonucu, alttaki ilke ya da kuralın üstteki Anayasa ilke ya da kuralına “uygun yorumlanması”ndan başka bir şey değildir.⁷ Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında dile getirdiği üzere “...Anayasa hükümleri ister yalnız ilkeleri ana çizgileriyle, ister ele aldığı konuyu bütün ayrıntılarıyla tam olarak belirtmiş bulunsun etki ve değer bakımından hep aynı niteliktedir...”⁸ ve kural olarak Anayasa'nın herhangi bir bölümünü geçersiz sayarak ihmal etmek; dolayısıyla, Anayasa kuralları arasında yukarıda ifade ettiğimiz “uygun yorumlamayı” aşan mutlak bir altlık-üstlük kurmak mümkün değildir. Buna istisna teşkil eden tek hal ise, Anayasa'da bir konuda hem genel hem özel hükmün bulunması durumunda, özel hükmün uygulanması şeklinde olup Anayasa Mahkemesi de söz konusu hukuk genel ilkesini “... Anayasada belli bir konuyu düzenleyen özel bir ilke varken, o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulursa bile onun değil, konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması zorunludur ...”⁹ ifadesiyle teyit etmiştir.

Öğretide, “Anayasallık Bloku”nu oluşturan ölçü normlar arasında “bağımsız (referans) ölçü norm – destekleyici (teyit edici, destek) ölçü norm” şeklinde bir ayırım yapılmakta olduğu, bu ayırım doğrultusunda da “milletlerarası hukuk kuralları” ve özellikle “hukukun genel ilkeleri”nin destek ölçü norm olarak nitelendirildiği görülmektedir.¹⁰ Anayasa metni içinde yer alan bir ilke veya kuralın bir diğeri için destek norm kabul edilip edilemeyeceği hususunda ise, Özbudun tarafından, anayasaya uygunluk denetiminde, Başlangıç'taki ifadelerden ancak aydınlatıcı nitelikte “destek ölçü norm” olarak yararlanılabileceği; esas ölçü norm olarak, bu ilkelerin Anayasa maddelerinde somutlaşmış biçimlerine dayanmasının daha doğru olacağı savunulmaktadır.¹¹

Gözler ise “bağımsız ölçü norm-destek ölçü norm” şeklindeki ayrımı “Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ederken, belirli bir norma ya dayanır ya dayanmaz; dayanıyorsa o norm ölçü normdur; dayanmıyorsa ölçü norm değildir. Bunların arasında üçüncü bir ihtimal yoktur. Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayandığı norm, ‘bağımsız - destek’ ayrımı olmaksızın ölçü normdur.” diyerek reddetmektedir.¹²

Kanaatimizce, anayasaya uygunluk denetiminde “bağımsız-destek ölçü norm” ayrımının, Anayasa'nın ne Başlangıç Bölümü ile hükümleri arasında ne de anayasa hükümlerinin birbirine göre durumunu belirlerken kullanılması mümkün değildir; Anayasa metnini oluşturan Başlangıç bölümü ve devamındaki Anayasa hükümleri

⁷ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, s. 95 vd.

⁸ AYMK, E.1963/106, K.1963/270, T. 11/11/1963, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁹ AYMK, E.1969/5, K.1968/13, T. 16/01/1969, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

¹⁰ TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 2, Ankara, 1986, s.28 ; YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s. 19; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 1996, s. 106; ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 s. 382-383.

¹¹ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 71 vd.

¹² GÖZLER, *Anayasallık Bloğu*, s. 96-98.

bağımsız ölçü norm olarak kabul edilebilme gücünü haizdir. Zira, 1982 Anayasası'nın 176. maddesine göre "Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir." ve Yüksek Mahkeme'nin de belirttiği üzere, "...Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasa'nın konuyla ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü, her yasa gibi Anayasa da bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmediği durumlarda bütün metnin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla, sözüne açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun için de kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir."¹³ Anayasa Hukuku öğretisinde Hekimoğlu tarafından da belirtildiği üzere yapılması gereken, "bağımsız-destek ölçü norm" ayrımının, özellikle hukukun genel ilkeleri arasında yer alıp doğrudan pozitif anayasa hukukunda bir karşılığı bulunmayan birtakım ilkelerin Anayasallık bloğuna dâhil edilmesi yoluyla, Anayasa yargısının etkinliğinin güçlendirilmesi amacıyla kullanılmasıdır.¹⁴

Anayasa metinde somutlaşmış normlar için, kademelenmeleri gereği "uygun yorum" ilkesi kabul edilse dahi birbirleri için destek norm olabilmeleri mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, çalışmamızın izleyen bölümünde de izah edeceğimiz üzere, AY. m.73/f.2 hükmü, AY m.2'de düzenlenen sosyal devlet ilkesini destekler, teyit eder gözükse de Anayasa Mahkemesi'nin de kabul ettiği üzere, AY. m.73/f.2 sosyal devlet ilkesinin vergilendirme alanındaki yansımaları; kanaatimizce, özel düzenlemesi olduğundan AY m.73/f.2'nin, genel hüküm olan AY m.2 için destek ölçü norm olmayacağı açıktır. Bu durum, "...Anayasada belli bir konuyu düzenleyen özel bir ilke varken, o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulursa bile onun değil, konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması zorunludur..."¹⁵ şeklindeki ilkeye de aykırılık oluşturacaktır. Yalnızca yaptığımız bu değerlendirmeler ışığında ve AY m.73/f.2 hükmünün lafzını hiç incelemeden evvel söyleyebileceğimiz, hükmün Anayasa Hukuku dairesinde ölçü norm olarak kabul edilmesine bir engel olmadığıdır; bununla birlikte, hükme sosyal devlet ilkesi ve maliye öğretisi ışığında bakıldığında bu söylemimizin değiştiği görülecektir.

II. Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa m. 73/ f. 2:

Anayasa Mahkemesi'ne göre "Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde de, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak üzere siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması devletin temel görevleri arasında sayılmıştır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır. Adil ve dengeli bir vergi politikası sosyal devletin vazgeçemeyeceği ilkelerden birisidir."¹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere, anayasal bir ilke olan sosyal devlet ilkesinin, vergilendirmeye ilişkin anayasal yansımalarından biri AY m.73/f.1 "mali güce göre vergilendirme ilkesi", diğeri de "Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılı-

¹³ AYMK, E.1990/4, K. 1990/6, T. 12/04/1990, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

¹⁴ HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, 1. Bası, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, s.176.

¹⁵ AYMK, E.1969/5, K.1968/13, T. 16/01/1969, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

¹⁶ AYMK, E. 1992/29, K. 1993/23, T. 24/06/1993, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

mi, maliye politikasının sosyal amacıdır.” şeklindeki Anayasa m.73/f.2 hükmüdür.¹⁷ Anayasa Mahkemesi kararlarına paralel olarak öğretide de, hukuk devleti ilkesiyle birlikte sosyal devlet ilkesinin, siyasal iktidarın izleyeceği vergi politikasının hukuki çerçevesini çizeceği kabul edilmektedir.¹⁸ Bununla birlikte, sosyal devlet ilkesinin, vergilendirme yetkisinin sınırlanmasında ne ölçüde hukuki bağlayıcılığa sahip olduğu, bu ilkenin kendi içinde taşıdığı çelişkiler nedeniyle öğretide haklı olarak tartışılmıştır. Zira, sosyal devlet ilkesini benimsemiş bir devletin, bir yandan sosyal adaleti gerçekleştirmek, gelirin ve servetin bu doğrultuda yeniden dağıtılmasını sağlamak diğer yandan da sosyal refah düzeyini yükseltmek için planlı kalkınmaya zemin hazırlamak gibi hedefleri vardır. Sosyal adaleti, gelirin ve servetin yeniden dağıtılmasını sağlamak yönünde alınacak tedbirler, tasarruf ve sermaye oluşumuna dolayısıyla kalkınmaya engel olabilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, sosyal devletin hedefleri, birbirine ters düşen tedbirleri gerektirdiğinden çoğu kez çelişmekte; dolayısıyla sosyal devlet ilkesinin ne dereceye kadar hukuki bağlayıcılığa sahip olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır.¹⁹

Sosyal devlet ilkesinin hukuki değer taşımadığını söylemek de elbette mümkün değildir. Çalışmamızın ileri bölümlerinde inceleyeceğimiz kararlarında da görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi, sosyal devlet ilkesini, hem mali güce göre vergilendirmeyi düzenleyen AY m.73/f.1 hükmü hem de çalışma konumuz olan m.73/f.2 hükmü ile birlikte ele almış ve ölçü norm olarak değerlendirmiştir. Bu ilkenin yasama organını, Anayasa'ya uygun düzenleme yapma açısından bağladığı şüphesiz olmakla birlikte sorun ne ölçüde bağladığı noktasındadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, AY m.148 dairesinde yaptığı anayasaya uygunluk denetimi “hukukilik denetimi” olup hukukilik denetimi, öğretide, denetlenen normun içerik olarak anayasaya uygun olup olmadığının hukuk tekniği ve yorum yoluyla ortaya konmasıdır, şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰

Bir anayasa hükmünün yorumlanmasının ne kadar zor olduğu da öğretide haklı olarak tartışılmıştır. Gözler, anayasal normların yorumunun zorluğu göstermek için, 1982 Anayasası m.2'yi ele almıştır. Gözler, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir”. şeklindeki Anayasa hükmünde ifade edilen anayasa normunu tespit edebilmek için, bu maddede geçen “toplumun huzuru”, “millî dayanışma”, “adalet

¹⁷ “...Anayasa'nın 73. maddesinin koyduğu temel ilke ve esaslar açıklanırken belirtildiği üzere, mali güce göre vergilendirme ilkesi, sosyal devletin, vergi adaleti ile ilgili ilkesidir. Bu ilkeye uyulmakla, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı da sağlanır.” AYMK, E.1989/6, K.1989/42, T. 07/11/1989; “...Mükellefin vergi ödemesini gerektiren bir kazancına ulaşabilmek için uygulanan vergi politikalarının dengeli ve adil olması sosyal devlet ilkesinin de gereğidir.” AYMK, E. 1992/29, K. 1993/23, T. 24/06/1993, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

¹⁸ ÇAĞAN, Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”

www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg1/namicagan.pdf, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

¹⁹ ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, *Vergi Hukuku*, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2009, s. 52.

²⁰ KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Genel Esaslar, 5. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, Ekim 2009, s.347.

anlayışı”, “insan haklarına saygı”, “Atatürk milliyetçiliği”, “demokratik devlet”, “lâik devlet”, “sosyal devlet” ve “hukuk devleti” gibi kavramların ne anlama geldiğini tespit etmek gerektiğini, bu kavramların herhangi birinin Anayasa’da tanımı olmadığı gibi herkesçe kabul edilen standart tanımlarının da bulunmadığını ifade ederek, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde meşruluk sağlamanın imkansızlığa varan zorluğunu ortaya koymuştur.²¹ Bu örnek, sosyal devlet ilkesine de değinmesi bakımından dikkat çekici olup sosyal devlet ilkesinin anayasaya uygunluk denetiminde kullanılmasındaki zorluğu ortaya koymaktadır.

Sosyal devlet ilkesini, anayasaya uygunluk denetiminde kullanmakta Anayasa Mahkemesi başka engeller de görmektedir. Anayasa Mahkemesi “...*İnsanın doğuştan sahip olduğu, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk devletinin amacı ve görevidir.*”²² demekle beraber, sosyal devlet ilkesi gereğince, devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülüklerini mutlak olarak yerine getirmek zorunda olmadığını ve bu konudaki sorumluluğun Anayasa’nın 65. maddesi uyarınca “*ekonomik istikrarın korunması*” ve “*mali kaynakların yeterliliği*” ile sınırlı olduğunu ifade etmiştir.²³ 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun²⁴ m.22 ile Anayasa m. 65, kenar başlığıyla birlikte, “*XIII. Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları, Madde 65.- Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikle “*ekonomik istikrarın korunması*” ifadesinin hükümden çıkarılmıştır. Kanaatimizce, hükmün değiştirilmesi Anayasa Mahkemesi’nin “*devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülüklerini mutlak olarak yerine getirmek zorunda olmadığını*” görüşüne kuvvet kaybettirmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi, sosyal devlet ilkesinin ölçü norm olarak kullanılma kabiliyetini kanımızca etkileyen bir diğer kararında da “*Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine engel bulunmadığı*”²⁵ ifade etmektedir. Bu karardaki “*Anayasa ilkeleri*”den anlaşılması gereken, özellikle sosyal devlet ilkesidir, diyen Tanör, bu durumu “*anayasa ilkeleriyle sınırlı bir ekonomik model serbestliği*” olarak nitelendirmektedir. Yine Yüksek Mahkeme’ye göre “*Anayasa’da ekonominin karakterinin değiştirilemeyeceği yönünde bir kural (da) bulunmamaktadır.*”²⁶

Buraya kadar yapmış olduğumuz değerlendirmeler ışığında, vergilendirme alanına, AY m. 73/f.1 “*mali güce göre vergilendirme*” ve AY m.73/f.2 “*vergide adalet*”

²¹ GÖZLER, Kemal, “*Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu*”, www.anayasa.gen.tr/mesruluk.doc, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

²² AYMK, E. 1997/59, K. 1998/71, T. 18/11/1998, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

²³ AYMK, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19/04/1988; AYMK, E. 1984/10, K. 1985/10, T. 22/01/1985, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

²⁴ Kabul Tarihi: 3 Ekim 2001, Resmi Gazete ile Neşir ve İlân: 17 Ekim 2001 - Sayı: 24556 (1. Mükerrer).

²⁵ AYMK, E. 1984/9, K. 1985/4, T. 18/02/1985, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

²⁶ AYMK, E. 1988/2, K. 1988/2, T. 08/12/1988, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

ilkeleriyle yansıdığı kabul edilen sosyal devlet ilkesinin, ölçü norm olarak kullanılmasındaki güçlükler görülmektedir. Öğreti ve Yüksek Mahkeme içtihatlarının da ortaya koyduğu üzere, yasama organının sosyal devlet ilkesi ile bağlı olduğu tartışmasız olsa da sosyal devlet ilkesini ne ölçüde ve hangi yöntemlerle hayata geçireceği yine yasama organının siyasi takdirine bağlı olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin de, AY m.148 dairesinde esas denetimi yaparken kanun koyucunun siyasi tercihinin yansımaları olan normun, ülke koşullarına yahut ekonomik gereklere uygun olup olmadığını değerlendirerek karar alamayacağı yani yerindelik denetimi yapamayacağı da tartışmasızdır.²⁷

Yine öğretilerde, isabetli olarak belirtildiği üzere, sosyal devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesine göre hem daha az belirli ölçütlere dayanmakta, hem de siyasal tercihe daha çok yer vermektedir²⁸; dolayısıyla, ilkeyi ölçü norm olarak kullanırken yerindelik denetimine kayılmaması için azami dikkat gösterilmesi gerekecektir. Öğretilerde, bu husus sosyal devlet ilkesinin vergilendirme alanındaki yansımalarından biri olarak kabul edilen “*mali güce göre vergilendirme ilkesi*”ne ilişkin olarak tartışılmıştır. Yasa koyucunun, kişilere mali güçlerini aşan ölçüde vergi yükü yüklediği bir yasanın anayasaya uygunluğu denetlenirken hukuki denetim-yerindelik denetimi ikileminin geniş çapta kendini göstereceği ve Anayasa Mahkemesi'nin bu denetimi yaparken yasa koyucunun takdirine müdahale etmesi tehlikesinin bulunduğu müelliflerce isabetli olarak ifade edilmiştir. Böylesi bir konuda denetimin ancak çok açık ihlaller için sınırlı durumlarda yapılabileceği ve o durumlarda da yerindelik denetiminden ince bir çizgiyle ayrılacağı savunulmuş; yasama organının mali güç ölçütünü göz önüne almadan, vergilendirme tekniğinin elverişli olması sebebiyle ücret gelirlerini ağır bir biçimde vergilendirmesi açık hukuka aykırılık örneği olarak ortaya konmuştur. Çalışmamızın konusunu teşkil eden AY m.73/f.2 hükmü, ileride hükmün lafzını incelediğimiz bölümde de görüleceği üzere, “*mali güce göre vergilendirmeyi*” düzenleyen AY m.73/f.1 hükmüne göre çok daha soyut ve muğlak bir ifadeye sahiptir; dolayısıyla ölçü norm olarak kullanılırken yerindelik denetimine kayma tehlikesini daha büyük ölçüde taşıdığı kanaatimizce açıktır. Bu açıdan ele alındığında da, AY m.73/f.2 hükmünün ölçü norm olarak kullanılabilme kabiliyetine ne güçte sahip olduğu tartışılır hale gelmektedir.

III. Anayasa m. 73/ f.2'nin Lafzından Kaynaklanan Sorunlar

AY m. 73/f.2 “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Hükmün lafzının “*vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı*” ve “*maliye politikasının sosyal amacı*” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesi kanımızca yerinde olacaktır.

“*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı*” ile yasa koyucunun kastettiği nedir? “*Vergi yükü*” ne demektir? Böyle bir yükten söz edilebilir mi? Böyle bir yük var ise ağırlığı ölçülebilir mi? Vergilemeye ilişkin en çok tartışılan konulardan biri de vergi yüküne ilişkin hususlar olup bunlar 20. Yüzyıl iktisatçılarının önemli uğraşları arasında yer almıştır. Vergi yükü kavramı, kolaylıkla açıklanabilecek bir kavram değildir. Vergi yükünün hesaplanmasına ilişkin çalışmalarda, kavramın teknik açıdan ele

²⁷ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s. 497.

²⁸ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, a.g.e., s. 54,55.

alınmakta olduğu ve maliye teorisyenlerinin değer yargılarına göre bu kavrama değişik anlamlar verildiği görülmektedir.²⁹

Maliye öğretisine göre, vergi yükü, yalnızca belirli bir vergi tutarını değil, aynı zamanda vergi ile üzerinden ödendiği gelir ve servet arasındaki ilişkiyi belirtmekte olup belli bir devre içinde devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine yapılan ödemeler ile bu ödemeleri yapan mükelleflerin aynı devre içindeki gelirleri arasındaki oransal ilişkinin belirlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.³⁰

Vergi yükü kavramı, vergiyi ödeyenler açısından ve ekonominin tümü açısından değerlendirildiğinde, toplam (global) vergi yükü ve bireysel (ferdi) vergi yükü kavramlarından bahsetmek gerekir. Bu ayrıma göre, bir ülkedeki toplam gelirlerin milli gelire oranına “toplam vergi yükü” adı verilmektedir. Vergiyi ödeyen bireyler açısından yapılan değerlendirmeye göre ise, kişinin ödediği vergi ile gelirin karşılaştırılmasıyla ortaya çıkan yük “objektif vergi yükü”, vergi ödeme sonucunda mükellefin hissettiği psikolojik tazyik “subjektif vergi yükü” olarak tanımlanmaktadır. Bireysel vergi yükü denildiğinde, “objektif vergi yükü” anlaşılmaktadır. Gerçek vergi yüküne ulaşılabilmesi için ise, vergi ve kamu harcamaların tüm etkilerinin göz önünde bulundurulması suretiyle hesaplama yapılmasını zorunlu görülmektedir.³¹

Çalışmamızın konusunu oluşturan AY m.73/f.2 hükmü, “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı*”ndan söz ettiğine göre, kanaatimizce buradan anlaşılması gereken bireysel (objektif) vergi yükü olmak gerekir; bu nedenle, çalışmamızın kalanında “vergi yükü” ile kastımız “objektif vergi yükü” olacaktır.

AY m.73/f.2 hükmündeki vergi yükünün objektif vergi yükü olduğu belirlendikten sonra, bu yükün nasıl hesaplanacağı sorunuyla karşılaşmaktadır; zira, vergi yükünü son derece değişken kılan çok sayıda etmen vardır. Verginin yansıtılma olanağı, verginin dolaylı-dolaysız yapıda olması, vergi tarifelerinin özellikleri, vergi kaybının düzeyi, vergi potansiyelinin değerlendirilmesi, mükelleflerin vergi bilinç düzeyi, idari etkinlik gibi pek çok faktörün vergi yükünü etkilediği kabul edilmektedir.³²

Vergi yükünün, tanımlanması ve hesaplanmasının arz ettiği zorluk, bu yükün adaletli ve dengeli olarak nasıl dağıtılacağı hususunun da eklenmesiyle daha karmaşık bir hal almaktadır. Adalet, zaman ve yere göre değişkenlik gösteren kişisel ve toplumsal değer yargılarına bağlı subjektif bir kavramdır. Bu özelliği dolayısıyla da, üzerinde kesin bir görüş birliğine varılamamaktadır. Adalet kavramındaki belirsizlik, vergide adaletin ne olduğunun da net bir şekilde ortaya konulmasını güçleştirmektedir.³³

Vergi adaletini, verginin tarafsız olması ve ekonomik-sosyal yönden düzenleyici bir araç olarak görülmesine bağlı olarak iki yönüyle incelenmek gerekmektedir. Verginin tarafsız olması, vergi alındıktan sonra bireylerin gelir ve servetlerinin, vergi alınmasından önceki durumlarını aynen korunmasını ifade ederken; düzenleyici olması ise, sosyal adaleti sağlayacak şekilde kişiler arasında var olan servet farklarını gidermek için verginin araç olarak kullanılmasını ifade etmektedir. Vergi adaletini an-

²⁹ NADAROĞLU, Halil, *Kamu Maliyesi Teorisi*, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 269.

³⁰ AKDOĞAN, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, 13. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2009, s.495.

³¹ NADAROĞLU, a.g.e., s.270, 271; AKDOĞAN, a.g.e., s.496, 497.

³² AKDOĞAN, a.g.e., s. 497.

³³ YİĞİT, Uğur, *Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s.62,63.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

lanlandırmak için, tarafsız bir vergi politikasının mı yoksa sosyal adaleti sağlamayı amaç edinen düzenleyici bir vergi politikasının mı izlendiğini belirlemek gerekecektir.³⁴

Maliye öğretisinde de ifade edildiği üzere, oluşacak vergi yükü ile bu yükün, taşıyanlar arasında adil ve dengeli olarak dağılımı, maliye ilminin önemli konularından birisi olup günümüzde halen anlamlandırılmaya çalışılan ve tartışılmaya devam eden bir konudur.³⁵ Buraya kadar biz de, AY m. 73/f.2 “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*” şeklindeki hüküm lafzının “*vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı*” bölümünü, maliye bilimi dairesinde anlamlandırmaya çalıştık. Geldiğimiz noktada söylenmesi gereken, hükmün bu bölümü itibarıyla ölçü norm olarak kullanılmasının Yüksek Mahkeme için son derece güç olacağıdır; zira, anayasaya uygunluk denetiminde öncelikle anayasa hükmünü yorumlaması gereken Yüksek Mahkeme'nin “vergi yükü”nün ne olduğunu, nasıl hesaplanacağını ve ne şekilde dağıtıldığında adaletli dağılımın gerçekleşmiş olacağını belirleyebilmesi, maliye teorisinin karanlık sularına dalmasını gerektirecektir.

AY m.73/f.2 hükmünün, “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı” bölümünü takip eden kısmı, yani daha önce inceleme kolaylığı için ayırdığımız ikinci bölümü “...*maliye politikasının sosyal amacıdır.*” kısmıdır. Hükmün bu bölümünden ne anlaşılacak gerekecektir? Maliye politikasının sosyal bir amacı var mıdır? “Sosyal amaç”la kastedilen nedir?

Devlet, sosyal devlet anlayışının da etkisiyle giderek genişleyen görev ve hizmet alanı dolayısıyla, mali araçları olan kamu gelirleri ve kamu giderlerini kullanarak sosyo- ekonomik yapı üzerinde önemli etkiler yaratır hale gelmiştir.³⁶ Buna bağlı olarak, devletin izleyeceği maliye politikasının sadece devlete gelir sağlamak şeklinde ifade edilen “*mali amacı*” ile ekonomik düzenin yönlendirilmesi şeklindeki “*iktisadi amacı*” dışında, bir de “*sosyal amacı*” olduğundan ve sosyal devlet ilkesinin yaşayan varlığı için maliye politikasının sosyal amacının diğer amaçların önüne geçmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁷ A. Wagner, maliye politikasının sosyal adaleti gerçekleştirme şeklindeki amacını, bugün anlaşıldığı şekliyle ilk defa ortaya koymuş ve bu amacın gerçekleştirilmesi için verginin milli gelir ve milli servetin dağılımındaki eşitsizlikleri giderme işlevinden söz etmiştir.³⁸

Geldiğimiz noktada, maliye politikasının iki kavramını, “*vergide adalet*” ve “*vergi yoluyla sosyal adalet*” kavramlarını birbirine karıştırmamak gerektiğini hatırlatmak gerekir. Maliye politikasının sosyal amacı, sosyal adaleti gerçekleştirmektir; vergi de bunun için kullanılan araçlardan biridir. Sosyal adaleti sağlamak, gelir ve servet dağılımını bu yönde düzeltebilmek için vergi müessesesini, “mali güce göre vergilendirme” veya “vergi adaleti” ilkelerini aşar şekilde kullanmak gerekir. Başka bir ifadeyle, vergi sistemi o şekilde düzenlenmeli ve uygulanmalıdır ki, sadece herkes ödeme gücüne orantılı bir şekilde vergi ödemekle kalmamalı, bununla birlikte milli

³⁴ YİĞİT, a.g.e, s.60-64.

³⁵ AKDOĞAN, a.g.e., s. 494,495.

³⁶ AKDOĞAN, a.g.e., s. 469.

³⁷ YUSUF, Karakoç, *Sosyal Maliye*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:61, s.11, 12.

³⁸ KARAKOÇ, a.g.e., s. 66.

gelir ve servetin de fakir halk tabakaları lehine adaletli olarak dağıtılması sağlanmalıdır. Bunun için de, sosyal adaleti gerçekleştirmekte hangi vergileri kullanmanın mümkün ve elverişli olduğuna bakmak gerekir; zira, sosyal adaleti sağlama amacı, vergi sisteminin bir kül olarak takip edeceği bir amaçtır, bütün vergileri kural olarak bu amaca uygun şekilde konulmaları ve uygulanmaları gerekir. Vergi sistemi içinde, bir vergi ile kabul edilen sosyal amaçlı bir düzenlemenin etkisi bir başka vergi tarafından ortadan kaldırılıyorsa “sosyal adalet” sağlanamayacaktır.³⁹

AY m. 73/f.2 hükmünü, “*vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı*” ve “*maliye politikasının sosyal amacı*” şeklinde ikiye ayrılarak yaptığımız inceleme, kanaatimizce hükmün çelişkili yapısını ortaya koymaktadır. İncelememize göre, hükmün ilk bölümü “*vergide adaleti*” ikinci bölümü “*maliye politikasının sosyal amacını*” düzenlemektedir; bizce bu iki müessese birbirinden tamamen farklıdır. Maddenin lafzına bakılacak olursa, maliye politikasının sosyal amacı, vergi adaletini gerçekleştirmektir; oysa, “*maliye politikasının sosyal amacı*” yalnızca vergi adaletiyle açıklanamayacak kadar geniş ölçeklidir. Maliye politikası ile sosyal adaleti gerçekleştirmek isteyen devlet elbette vergileri araç olarak kullanacaktır. Vergi politikası, devletin maliye politikasının yalnızca bir parçasıdır. Mali araçlarla sosyal adaletin gerçekleştirilmesinde, vergi politikasının yanı sıra harcama politikası, ücret politikası gibi pek çok değişken önemli rol sahibidir. Devletin, vergi aracını kullanarak sosyal adaleti sağlamaya çalışırken vergi adaletini ihlal eden uygulamalara başvurması da olasıdır. Örneğin, devlet, gelir ve servet dağılımındaki uçurumları gidermek için yüksek gelir grubundan, geniş bir eşikle artan oranlı vergi alabilir; yahut kalkınmayı sağlayacak sermaye oluşumu için yüksek gelir grubunu bazı indirim, teşvik, muafiyet veya istisnalardan faydalandırabilir. Kanaatimizce, her iki halde de nihai amaç sosyal adaletin gerçekleşmesi olduğu halde, vergi adaleti söz konusu değildir; dolayısıyla, “*vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı*” ve “*maliye politikasının sosyal amacını*” özdeş sayan AY m.73/f.2 hükmü lafzı bakımından hatalı olup ne ifade etmek istediği anlaşılamamaktadır. Bu haliyle de Yüksek Mahkeme tarafından yorumlanması ve ölçü norm olarak kullanılması oldukça güç gözükmektedir.

IV. Anayasa Mahkemesi Pratiğinde m. 73/ f. 2

Anayasa Mahkemesi'nin AY m. 73/f.2 ile ilgili içtihadına bakıldığında, gerek hükmün yorumlanmasına gerekse ölçü norm olarak kullanılmasına ilişkin olarak tutarlı bir yaklaşım gözlemlenmekle birlikte dikkatli bakıldığında farklılıklar taşıyan görüş ve değerlendirmelere rastlanmaktadır.

Çalışmamız boyunca yaptığımız saptamalarla, AY m. 73/f.2 hükmünün, sosyal devlet ilkesinin yansıması olması ve anlamsal karmaşası nedeniyle hukukilik denetiminde kullanılmasındaki güçlüğü, yani bağlayıcılığını ve ölçü norm olarak kullanılma kabiliyetini şüpheli saymamıza rağmen, Yüksek Mahkeme'nin görüşünün farklı yönde olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre;

“...*Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştirmez.*”

³⁹ KARAKOÇ, a.g.e., s. 66, 67.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Anayasa, mali güce göre vergilendirme ilkesini kabul etmekle, 2. maddesinde genel bir ilke olan "Sosyal devlet" ilkesini vergilendirme alanında, daha somut duruma dönüştürmüştür. Ayrıca, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu vurgulanarak ortaya bir program kural konulmuştur.⁴⁰

"...73. maddenin ikinci fıkrasında da vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımı öngörülerek eşitlik ve hukuk devleti temelinde maliye politikasının sosyal amacı vurgulanmıştır."⁴¹

"...Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen, herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü tutulması, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağıtılması verginin aslıyla ilgili düzenlemelerde gözönünde tutulması gereken ilkelerdir."⁴²

"...Anayasa'nın 73. maddesindeki temel ayırım ve karşılaştırma ölçütü mükellef türü değil "mali güç" ve "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkeleridir."⁴³

Anayasa Mahkemesi, yukarıda ele aldığımız ve aşağıda ele alacağımız kararlardan da anlaşılacağı üzere AY m. 73/f. 2 hükmünü yasa koyucu için bağlayıcı görmekte, buna rağmen kararlarında genellikle AY m. 73/f. 1 ile birlikte kullanmaktadır. Rastladığımız tek bir kararında "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkesinin AY m. 73 bağlamında ölçü norm olarak tek başına ve ret gerekçesi olarak kullandığı görülmektedir;

"...Başvuru kararında, Vergi Barışı Kanunu'nun 3. maddesi gereğince, itiraz veya temyiz safhalarında bulunan ikmalen, re'sen ve idarece yapılmış tarhiyatlarda vergi barışından yararlanma olanağı getirilmesine karşın, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce vergi, ceza ve gecikme faizlerini ödemiş olan ancak davaları temyiz ve itiraz safhasında bulunan mükelleflere 20. maddenin (2) numaralı bendinde yer alan "... vergi mahkemesinde ..." ibaresi gereğince nakden ya da mahsuben iadesi yapılamaması bunun da vergiyi zamanında veya zamanından önce ödememeyi teşvik etmesi, dava evrelerine göre farklı düzenleme getirmesi ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesine uymaması nedeniyle Anayasa'nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Kuralın yukarıda belirtilen getiriliş amacı gözetildiğinde, belli koşulların gerçekleşmesi halinde Devletin kamu alacağıının bir kısmından vazgeçmesinin vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır."⁴⁴

Bu istisnai karar dışında, Yüksek Mahkeme iptal ve ret kararlarında AY m. 73/f. 1 ve AY m. 73/f. 2'yi birlikte kullanmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bazı kararlarında AY m. 73/f. 1 ve f. 2'yi, AY m. 2 ile birlikte ele alarak, "hukuk devleti" ve "sosyal devlet" ilkeleri ışığında ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir;

"Yasal düzenlemelerin Cumhuriyetin temel niteliklerinden birisi olan "hukuk devleti" ilkesine uygun olması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Yönetilenlere, en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvenceyi sağlayan hukuk devleti, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu

⁴⁰ AYMK, E.1989/6, K.1989/42, T. 07/11/1989, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁴¹ AYMK, E.2004/14, K.2004/84, T. 23/06/2004, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁴² AYMK, E.1992/29, K.1993/23, T. 24/06/1993, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁴³ AYMK, E.2006/119, K.2009/145, T. 15/10/2009, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁴⁴ AYMK, E.2003/106, K.2004/59, T. 12/05/2004, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

sayarak insan hakları, temel haklar ve özgürlükler yönünden anayasal ilkeler düzeyine ulaşmış kurallara dayanır. Hukukun üstünlüğünü, toplumsal barışı ve ulusal dayanışmayı amaçlamayan, Anayasa'nın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirilmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurallarla uyum sağlamayan devletin hukuk, devleti olduğundan söz edilemez. Yetkilerle güçlendirilen devlet, vergilendirme konusunda gerekli düzenlemeleri gerçekleştirirken de hak ve özgürlükleri özenle koruyacak, devlete kaynak sağlamak amacıyla hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyarısız kalmayacaktır. Gelir elde edilmesi amacıyla hukuk devleti niteliklerinden vazgeçilemez.

Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin sadece hukuk devleti değil, aynı zamanda, sosyal devlet olduğunu belirlemiştir. Hukuk devletinin ileri aşaması, bu ilke ile sağlanır. Bu ilke, bireyin doğuştan sahip olduğu omurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına Devletin, sosyal adalet gereklerince olanak sağlamak yükümlülüğünü içerir. Sosyal devletin temel amaç ve görevleri, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır.

Anayasa'nın 73. maddesinin koyduğu temel ilke ve esaslar açıklanırken belirtildiği üzere, malî güce göre vergilendirme ilkesi, sosyal devletin, vergi adaleti ile ilgili ilkesidir. Bu ilkeye uyulmakla, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı da sağlanır.

Anayasa, malî güce göre vergilendirme ilkesini kabul etmekle, 2. maddesinde genel bir ilke olan "Sosyal devlet" ilkesini vergilendirme alanında, daha somut duruma dönüştürmüştür. Ayrıca, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu vurgulanarak ortaya bir program kural konulmuştur.

Bu duruma göre, Yasakoyucunun, bu ilkelere uygun vergi yasalarını gerçekleştirmesi zorunludur. Yeni düzenlemeyle getirilen "hayat standardı esası"nın kimi yönden söz konusu ilkelerle uyum içinde olduğu söylenemez.⁴⁵

Anayasa Mahkemesi'nin AY m. 73/f. 1 ve AY m. 73/f. 2'yi birlikte kullandığı diğer kararlarını da şöyle örnekleme mümkündür;

"... Anayasa'nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır." denilmektedir. Burada verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirme eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.

Yasa'nın iptali istenen 1. maddesiyle 2003 yılı içinde alınan motorlu taşıtlar vergisi aynı yıl içinde aynı miktarda ek vergi adı altında ikinci kez alınmaktadır. Oysa, 197 sayılı Yasa gereğince 2003 yılı için motorlu taşıtlar vergisinin Vergi Usul Kanunu'na göre yeniden değerlendirme oranı uygulanmak suretiyle zaten güncelleştirilerek alınmaktadır. Güncelleştirilen yeni miktar üzerinden 2003 yılında ikinci kez ek vergi tahakkuk ve tahsil edilmek suretiyle vergi yükü araç sahipleri aleyhine ağırlaştırılmakta, gelir ve kurumlar vergisi yükümlüleri gibi diğer vergi mükelleflerine de yansıtılmamaktadır. Bu durum, vergi yükünün dengeli, adil, ölçülü ve eşit dağılımını engelleyerek Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen vergilendirme ilkelerine aykırılık oluş-

⁴⁵ AYMK, E.1989/6, K.1989/42, T. 07/11/1989, Emsal Karar: AYMK, E.1991/7, K.1991/43, T. 12/11/1991, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

turmaktadır. Açıklanan nedenlerle, Yasa'nın 1. maddesi Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırıdır."⁴⁶

"...Dava dilekçesinde, yeni tarifeye ücretlilerde orta ve yüksek gelir grubunun gelir vergisinin arttığı, böylece vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ile vergide eşitlik ilkelerinin zedelendiği, vergide eşitliğin, mali gücü aynı olanların aynı, farklı olanların ise ayrı oranlarda vergilendirilmesiyle gerçekleşebileceği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.

Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştiremez. Mali güce göre vergilendirme, sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili bir ilkesidir.

Anayasa'nın 73. maddesindeki "mali güç" ilkesi ile 55. maddesindeki "adaletli bir ücret elde etme" ilkesi bir arada değerlendirildiğinde, ücret gelirlerinin ücret dışında elde edilen gelirler ile aynı oranda vergiye tabi tutulması ve hiçbir önlem alınmadan ücrette azalmaya neden olacak şekilde yükseltilmesi, "adalet" ilkesini de zedeler."⁴⁷

"...Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen mali güce göre vergilendirme ilkesi, sosyal devletin vergi adaletiyle ilgili ilkesidir. Bu ilkeyle vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı sağlanır.

Vergi yükümlüsünün mali gücüne göre vergilendirilebilmesi için, gerçek gelirin saptanması gerekir. Hayat standardı esasının temel nedeni, gerçek gelirin bulunmasına yardımcı yöntem olmasıdır. Açıklama ve kanıtlama olanağına tam olarak yer vermeyen bu kural "mali güce göre vergi ödeme" ilkesine aykırı düşmektedir. Fıkranın bu durumuyla, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen mali güce göre vergilendirme amacına ulaşılması mümkün değildir. Öte yandan, bir kısım gelirleri açıklama nedeni olarak kabul edip aynı nitelikteki diğer gelirleri açıklama nedeni saymamak "vergide adalet" ilkesine de ters düşer. Gerçekten, iptali istenen fıkra, yükümlünün emekli, maluliyet, dul ya da yetim aylığı dışında hiçbir gelirin temel gösterge tutarından düşülmesine olanak vermemekte, ayrıca eşine, çocuklarına ya da bakmakla yükümlü olduğu kişilere ilişkin çeşitli gelirlerin gerek temel gerekse ek gösterge tutarlarından düşünülmesini engellemektedir. Açıklama olanağına tümüyle değil, kısmen yer veren bu biçimdeki "hayat standardı esası" Anayasa'nın 73. maddesine de aykırıdır."⁴⁸

"...Gelir ve kurumlar vergileri üzerinden belirli bir oranda hesaplanan fon payı hukuksal niteliğiyle Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında vergi benzeri bir mali yükümlülüktür. Anayasa'da vergilendirmeye ilişkin temel ilkelerin fon payı uygulaması için de gözetilmesi zorunludur. Vergi düzenlemeleri hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkileyen yasama işlemleridir. Hukuk alanında bir müessesenin kaldırılmasında geçiş dönemi hükümleri konulabilir. Ancak bu geçiş düzenlemelerinde de, Anayasa'nın vergilendirme ilkelerine uyulması gerekir.

⁴⁶ AYMK, E.2003/48, K.2003/76, T. 23/07//2003, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁴⁷ AYMK, E.2006/95, K.2009/144, T. 15/10/2009, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁴⁸ AYMK, E.1991/7, K.1991/43, T. 12/11/1991, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

2003 yılında tevkifat yoluyla fon payı ödeyen mükelleflerin bu yıla ilişkin kazanç ve iratlarının vergilendirilmesinde, vergi matrahının içinde, üzerinden 2003 yılında fon payının hesaplandığı kazanç ve iratlar da bulunduğundan, mahsup ve iade edilmeyeceği öngörülen fon payları bu mükellefler yönünden nihai vergiye dönüşmüştür. Bu şekilde 2003 yılında tevkif suretiyle fon payı ödeyen mükellefler aleyhine vergi yükü ağırlaştırılarak aynı vergilendirme dönemlerinde tevkifata tabi gelir elde etmiş mükellefler ile tevkifata tabi gelir elde etmemiş mükellefler arasında vergi yükünün dağılımında adalet ve denge bozulmuş ve Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi" ile "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkelerine aykırılık oluşmuştur."⁴⁹

"....Dava dilekçesinde 193 sayılı Kanununa 2772 sayılı Kanunla eklenen mükerrer 116. maddesinde değişikliği içeren 68. madde ile getirilen düzenlemenin iki yönden Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmektedir. Bu iddialardan birincisi Hayat Standardı Esası uygulamasının, mükellefe kâr etmese hatta zarar etse de vergi yükümlülüğü getirmiş olmasına yöneliktir. İddiaya göre böyle bir vergileme, Anayasa'da öngörülen "mali güce göre vergileme" ilkesine aykırıdır.

.....Hayat Standardı Esası ve bu esasa temel teşkil eden miktarların Kanun Koyucu tarafından tespitinde Anayasa'nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "verginin mali güce göre ödenmesi" ve "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkelerine aykırı bir yönü yoktur.

(Dilekçede öne sürülen ikinci iddia hayat standardına esas olan tutarların, azami hadleri aşmamak şartıyla Bakanlar Kurulu tarafından ayrı ayrı veya topluca arttırılabilmesidir.)⁵⁰

"....Talih oyunları salonlarında elde edilen kazançlardan "asgari vergi" alınmasını düzenleyen bu kural, yükümlünün gerçek gelirine ulaşmak ve böylece Anayasa'da öngörülen "malî güce göre vergilendirme" ve "vergi yükünün adaletli ve dengeli bir şekilde dağılımı" ilkelerini gerçekleştirmek amacına yönelik bir düzenlemedir.

Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı bir yönü yoktur."⁵¹

"....Ekonomik anlamda servetin saptanmasında kimi verilerin, servetin göstergesi olarak kabulü zorunludur. Anayasa'nın 73. maddesi yönünden gerekli olan, getirilen yasal ölçünün mali gücü yansıtması, dengeli ve adaletli olmasıdır.

Yasa'da, Net Aktif Vergisi'nin konusunu ve matrahını oluşturan varlıkların net değerinin saptanmasında Vergi Usul Yasası'na göre belirlenen amortisman ve karşılıkların indirilmesi esasının getirilmesi, yükümlülerin Net Aktif Vergisi'ne esas olan varlıklarının vergi sistemi içinde tutarlı bir biçimde değerlendirildiklerini göstermektedir. Öte yandan, borçların düşülmeden aktif değerlerin saptanması da servet vergilerinin yapısından kaynaklanan bir zorunluluktur. Bir tür servet vergisi olan emlak ve taşıt vergilerinde de benzeri uygulama görülmektedir. Böyle bir değerlendirme anlayışı içinde serbest meslek erbabının dönem sonundaki emtia mevcudu ile amortismanına tabi iktisadi kıymetlerinin net değerlerinin Yasa'daki biçimde verginin konu ve matra-

⁴⁹ AYMK, E.2004/94, K.2008/83, T. 20/03/2008, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁵⁰ AYMK, E.1986/5, K.1987/7, T. 19/03/1987, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁵¹ AYMK, E.1997/51, K.1998/8, T. 15/04/1998, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

hını oluşturmaması Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan verginin, mali güce göre dengeli ve adaletli olma ölçütlerine aykırı görülmemiştir.”⁵²

Anayasa Mahkemesi, kararlarında AY m. 73/f. 1 ve AY m. 73/f. 2'yi birlikte kullanırken, söz konusu hükümlerdeki “genellik”, “mali güce göre vergilendirme”, “vergi adaleti” gibi vergilendirme ilkelerini ve AY m. 10'da düzenlenen “eşitlik” ilkesi harmanlamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bazı kararlarında mali güce göre vergilendirme ilkesi ile vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesinin tamamıyla iç içe geçtiği görülmektedir;

“...Anayasa'nın “Vergi Ödevi” başlıklı 73. maddesinin birinci fıkrasında kamu giderlerini karşılamak üzere verginin malî güce göre alınması ve genelliği, ikinci fıkrasında vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımı öngörülmüştür.

Vergide genellik ilkesi, ayırım gözetilmeksizin herkesin vergi ödemesidir. Maddede yer alan “malî güç” kavramının “ödeme gücü” anlamına geldiği kuşkusuzdur. Malî güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Ödeme gücünün başlıca göstergeleri, gelir, servet ve harcamadır. Bu üç unsurun da vergilendirilmesinde vergi adaletinin gerçekleştirilebilmesi için yükümlülerin ödeme güçlerinin gözetilmesi zorunludur. Malî güce göre vergilendirme ilkesi, ödeme gücü fazla olanın az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirtir. Bu ilke aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracıdır. Vergide eşitlik ilkesi, ödeme gücü aynı olanların aynı vergiyi ödemeleridir. Malî güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi, yükümlülerin ödeme güçleri gözetilerek farklı vergileme rejimine tabi tutulmalarını zorunlu kılmaktadır. Gelir üzerinden alınan vergilerde artan oranlı vergileme, en az geçim indirimi, ücret gelirlerinin sermaye gelirlerinden farklı vergilendirilmesi, servet vergilerinde lüks kabul edilen servet unsurlarının, temel ihtiyacı karşılayan servet unsurlarından daha yüksek oranda vergilendirilmesi, harcama vergilerinde lüks tüketime konu olan mal ve hizmetler ile zorunlu mal ve hizmetlerin farklı oranlarda vergilendirilmesi, çeşitli istisna durumları ve muafiyet uygulamaları vergi yükünün adaletle uygun dağılımı ile malî güce göre vergilendirmenin araçlarıdır.”⁵³

“...Anayasa'nın 73. maddesinin koyduğu temel ilke ve esaslar açıklanırken belirtildiği üzere, malî güce göre vergilendirme ilkesi, sosyal devletin, vergi adaleti ile ilgili ilkesidir. Bu ilkeye uyulmakla, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı da sağlanır.”⁵⁴

“...Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen herkesin vergi ödemekle yükümlü olması ve verginin mali güce göre ödenmesi ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, bu ilkelerin vergilendirmede eşitlik ve adalet ilkelerinin gerçekleştirilmesi amacına yönelik olduğu görülmektedir.”⁵⁵

Anayasa Mahkemesi'nin, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesine ilişkin değerlendirmelerinde bu ilkeyi genellik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme

⁵² AYMK, E.1994/84, K.1995/33, T. 18/07/1995; AYMK, E.1995/7, K.1995/35, T. 18/07/1995, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁵³ AYMK, E.1999/51, K.2001/63, T. 28/03/2001, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁵⁴ AYMK, E.1989/6, K.1989/42, T. 07/11/1989, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

⁵⁵ AYMK, E.2001/375, K.2003/61, T. 11/06/2003, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

ilkelerinin varlığına bağladığı; yani bu üç vergilendirme ilkesini adeta AY m. 73/f. 2'nin gerçekleşme şartı kabul ettiği kararları da bulunmaktadır;

“... Bu durumda, Anayasa’da öngörülen verginin “malî güce göre ödenmesi” ilkesi, “herkesin vergi ödemesi” ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluğu gösterir ve sosyal Devletin niteliğinin en etkin uygulama aracını oluşturur. Vergi yükünün adil ve dengeli dağılımı bu ilkelere uyularak sağlanır.”⁵⁶

V. Sonuç

Anayasa m.73/f.2'nin bağlayıcılığı meselesi, çözümlenmesi zor bir sorun olarak karşımızdadır. Hükmün sosyal devlet ilkesinin bir uzantısı olması ve lafzından kaynaklanan anlamsal karmaşası nedeniyle anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilme kabiliyeti oldukça tartışmalıdır. Zira hüküm, sosyal devlet ilkesinin uzantısı olmakla Anayasa Mahkemesi’ni yerindelik denetimine sürükleme riskini büyük ölçüde taşımaktadır. Bununla birlikte, hükmü lafzı, maliye öğretisinin bile anlamlandırmakta zorlandığı terimlerle, üstüne üstlük mantıksal bütünlük ve tutarlılıktan uzak olarak kaleme alınmıştır. AY m.73/f.2 hükmünün, bu haliyle ölçü norm olarak kullanılması kanaatimizce oldukça zordur. Ölçü norm olarak kullanılması böylesine güçlük arz eden bir hükümlerle, yasama organının kendini ne denli bağlı sayacağı da kanaatimizce düşünülmeğe değerdir.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN, Abdurrahman, Kamu Maliyesi, 13. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2009.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 1996.

ÇAĞAN, Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”

www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyargi1/namicagan.pdf, (Görüntüleme Tarihi: 24.10.2011).

GEREK, Şahnaz/ AYDIN, Ali Rıza, Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 1. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2000.

GÖZLER, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?” (Anılış: Anayasallık Bloğu), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 55-3, Temmuz-Eylül 2000.

GÖZLER, Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, www.anayasa.gen.tr/mesruluk.doc (Görüntüleme Tarihi : 24.10.2011).

HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukukî Boyutları, 1. Bası, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.

KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar, 5. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, Ekim 2009.

⁵⁶ AYMK, E.1995/4, K.1995/28, T. 06/07/1995; AYMK, E.1995/6, K.1995/29, T. 06/07/1995, www.kazanci.com, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

- NADAROĞLU, Halil, Kamu Maliyesi Teorisi, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992.
- ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2009.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul, Eylül, 2004.
- YİĞİT, Uğur, Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008.
- YUSUF, Karakoç, Sosyal Maliye, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:61.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku (Doçentlik Tezi), T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1991.
- T.C. Anayasası, www.anayasa.gov.tr, (Görüntüleme Tarihi: 24/10/2011).
- Kazancı Mevzuat & İçtihat Bilgi Bankası, www.kazancı.com, (Görüntüleme Tarihi : 24.10.2011).



**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN KİRA BEDELİNİN
BELİRLENMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE
6100 SAYILI HUKUK MUHALEMELERİ KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE
KİRA TESPİT DAVASININ NİTELİĞİ**

*(ADJUSTMENT OF RENT PAYMENTS UNDER TURKISH LAW OF OBLIGATIONS AND
LEGAL NATURE OF DECLATORY ACTIONS RELATING TO ADJUSTMENT OF RENT
PAYMENTS UNDER TURKISH LAW OF CIVIL PROCEDURE)*

Araş. Gör. / Res. Asst. Tülay ÖZER*

ÖZET

Makalede, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kira bedelinin tespitine ilişkin hükümleri ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu hükümleri çerçevesinde kira tespit davasının hukuki niteliği değerlendirilerek, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un uygulaması ile yeni Borçlar Kanunu'nun hükümleri karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kira bedelinin tespiti, kira tespit davası, 6098 s. TBK'ya göre kira sözleşmeleri, kira bedeli, tespit davası.

ABSTRACT

In this essay, articles about adjustment of rent payments, in Turkish Obligation Law, act no. 6098 and essence of declatory suit in accordance with Civil Procedure Law's articles, act no. 6100 have been compared and evaluated with a critical perspective.

Keywords: Adjustment of rent payments, declatory suit, rental agreements in Turkish Obligation Law, no: 6098, rent payments, declatory judgment.

A. Giriş

Kiracının kiralayan karşısında güçsüz konumda bulunduğu ve korunma ihtiyacı olduğu düşüncesi kanunkoyucuyu, kiracıyı koruyan özel hükümler düzenlemeye sevk etmiştir. Hatta bu amaçla belirli kira sözleşmeleri Borçlar Kanunu'ndan farklı bir kanuna tabi tutulmuş¹; bununla da yetinilmeyerek 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) da zaman zaman değişikliklere uğramıştır.

Yenilenen kira döneminde kira bedelinin tespit edilmesine ilişkin düzenlemeler kiracıyı koruma amacı güden hükümlerin başında gelmektedir. Kiralayanın, kira bedeli

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: tulay.ozer@yeditepe.edu.tr

¹ Belediye teşkilâtı olan yerlerde, liman, iskele ve istasyonlarda bulunan musakkaf yapıların kiralanmalarına ilişkin 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, 27.05.1955 tarihli ve 9013 sayılı RG.

linde yapacağı artışı sınırlayarak; kiracının ödeme gücünü koruyan bu hükümlerde kimi zaman kiralayan lehine değişiklikler de yapılmış ancak hiçbir zaman kiralayan kiracıdan daha fazla koruma altına alınmamıştır. Bu uygulamanın, yeni kanun hükümleri açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Keza, Yeni Borçlar Kanunu (TBK)'nun yürürlüğe girmesinden itibaren²; belediye sınırları içerisindeki üzeri örtülü konut ve işyeri kiracılarına uygulanan GKHK yürürlükten kalkacak olsa da, kiracıyı koruyan hükümler yeni kanunla varlığını devam ettirecektir.

Bu çalışma ile amacımız, GKHK'da yer almayan ancak uygulamada var olan kira tespitine ilişkin düzenlemelerin TBK'daki karşılık hükümlerini inceleyerek; kira bedelinin tespiti için davaların hangi süre içerisinde ve ne şekilde açılacağını ve bu hükümlerin eski düzenlemelere nazaran farklılıklarını ortaya koymaktır. Bu nedenle öncelikle, GKHK zamanında mevcut olan düzenlemelere değinilecek; sonrasında ise TBK ile getirilen yenilikler ele alınacaktır.

B. Kira Bedelinin Tespiti Kavramı

Kira bedelinin tespiti hakkında doğru yargılara ulaşabilmek için öncelikle bu kavramın içeriğinin tespit edilmesi ve benzer kavramlardan ayrılması gerekir. Kural olarak, kiracı ve kiralayan hem sözleşmenin başlangıcında hem de yenilenen her kira dönemi için kira bedelini özgürce tespit edebilirler. Ancak tarafların, kira bedelinin tespiti hususunda anlaşamamaları hâlinde hâkimin sözleşmeye müdahâlesi gerekebilir.

Sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde kira bedelinin; kira sözleşmesinin başlangıcında taraflarca özgür bir şekilde kararlaştırılması mümkündür. Bu nedenle kira bedelinin tespiti yalnızca yenilenen kira dönemleri için söz konusu olur. Keza, kanunda da ilk kira döneminde kira bedelinin ne kadar olması gerektiği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.³ Kiracı ve kiralayanın kira sözleşmesinin yapılması sırasında açıkça bir bedel belirlemeyip; daha sonra belirlemeleri konusunda anlaşmış olmaları ancak sonradan aralarında anlaşamamaları hâlinde ilk kira bedelinin de mahkemece belirlenmesi mümkündür.⁴

Bu hâlde kira bedelinin tespiti, üç şekilde karşımıza çıkabilir;

² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı RG'de yayımlanan kanun, 01.07.2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacaktır.

³ Açıklama için bkz. *Yavuz*, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2011, s. 186; *Topuz*, Seçkin/*Topuz*, Gökçen: Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği, ABD, Y. 66, S. 2, 2008, s. 75.

⁴ Açıklama için ayrıca bkz. *Zevkiler*, Aydın: Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2008, s. 185. Ancak kanaatimce bu hâlde, yine hâkimin sözleşmeye müdahâlesi söz konusu olmakla birlikte teknik anlamda kira bedelinin tespitinden bahsedilemez. Keza bu durumda hâkim, MK m. 1'den doğan yetkisini kullanarak sözleşmedeki gerçek olmayan (intra contractum) boşluğu doldurmaktadır. Oysaki yenilenen dönem için kira bedelinin tespitinde tarafların bilinçli olarak yarattıkları bir boşluk yoktur. Hâkimin sözleşmeye müdahâlesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Kaplan*, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahâlesi, Ankara 1987, s. 81 vd. Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise; burada BK m. 2/2'den kaynaklanan bir yetkinin kullanıldığı söylenemez keza; kira bedelinin tespiti hususu ikinci dereceden değil, esaslı bir nokta olduğu için kira sözleşmesinin kurulmamış olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak kiralananın kullanıldığı dönemle sınırlı olarak hâkimden dürüstlük kuralına uygun bir bedel tayini talep edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Aral*, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s. 216, C. *Yavuz*, s. 184.

- Kira sözleşmesinin yapılması sırasında tarafların açıkça bir bedel belirlemeyip; sonradan belirlemeleri hususunda anlaşmış olmalarına rağmen tarafların sonradan kira bedeli üzerinde anlaşmamış olmaları hâlinde,

- Kira sözleşmesinin yenilenmesi ile yeni dönem kira bedeli hakkında kira sözleşmesinde açık bir hüküm bulunmaması ve tarafların kendi aralarında bedeli belirleyememiş olmaları hâlinde,

- Özellikle uzun süreli kira sözleşmelerinde ve ekonomik koşullarda meydana gelen objektif değişiklikler neticesinde kira bedelinin olağan koşullara göre yetersiz kalması hâlinde.

Yukarıda sayılan üç hâlden sonuncusunda, yeni bir kira bedelinin belirlenmesi amaçlansa da bu durumda kira bedelinin tespitinden değil, kira bedelinin değişen koşullara uyarlanmasından bahsedilir. Bu nedendir ki, kira bedelinin uyarlanması; kira bedelinin tespitinden farklı düzenlemelere tabidir. Kira bedelinin uyarlanması daha çok uzun süreli borç ilişkilerinde söz konusu olur ve uyarlamanın talep edilebilmesi için ortaya çıkan olayların olağanüstü ve objektif nitelikte olması gerekir.

Olağanüstü ve objektif nitelikte, kira bedelinin uyarlanmasını gerektiren bir olayın ortaya çıkması hâlinde; ileri etkili olarak kira bedelinin belirlenmesi her zaman için istenebilir.⁵ Uyarlama, ahde vefa ilkesinin bir istisnası olarak sözleşmenin edimleri arasında önceden öngörülemeyen değişiklikler nedeniyle işlem temelinin çökmesi hâlinde başvurulabilen bir yoldur.⁶ Oysaki kira bedelinin tespitinde yalnızca belirli bir dönem için tespit söz konusudur ve olağanüstü ya da objektif nitelikte bir olaya gerek olmaksızın yenilenen her dönem için tespit talep edilebilir.

Kira sözleşmesinin başlangıcında, kira bedelinin belirlenmesinin sonraya bırakılmış olması durumunda ise; kanaatimce, çalışmamızın konusunu oluşturan kira bedelinin tespitinden farklı bir durum söz konusudur. Her şeyden önce, ilk hâlde; kira bedeli hususu sözleşmede bilinçli olarak tamamlanmamıştır. Teknik anlamda kira bedelinin tespitinde ise sözleşmedeki tamamlanması gereken boşluk sonradan ve bilinçli olmayarak ortaya çıkmıştır. Keza, sözleşmenin yapılışında tarafların; yenilenen kira dönemi için kira bedelinin tespiti hususunda anlaşıp anlaşamayacaklarını bilmelelerine imkân yoktur. Bununla birlikte, teknik anlamda kira bedelinin tespitinde tarafların zaten üzerinde anlaşmış oldukları bir kira bedeli vardır. Yani başlangıçta, esaslı nokta üzerinde anlaşılmıştır ancak taraflar, bu bedel üzerinde yapılacak artış üzerinde anlaşmamaktadır. Bu yönüyle de teknik anlamda kira bedelinin tespiti, başlangıçta belirlenmemiş olan kira bedelinin tespitinden farklıdır.

⁵ Açıklamalar için bkz. C. Yavuz, s. 159; Zevkliler, s. 186.

⁶ Uyarlama davaları, konumuz dışında kaldığı için ayrıca incelenmeyecektir. Ancak uyarlama davalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Camcı, Ömer: Taşınmaz Kirasında Uyarlama Davaları, İstanbul 1997, s. 20 vd.; Yavuz, Nihat: Öğretide ve Uygulamada Uyarlama Davaları, Ankara 2007, s. 11 vd., genel olarak sözleşmenin uyarlanması ve koşullarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012, s. 250 vd. Yargıtay'a göre uyarlama davası; kira tespit davasının açılmadığı hâllerde açılabilen bir davadır. Bu nedenle, kira tespit davasının açılabileceği durumlarda uyarlama davası açılmaz. Bkz. Yarg. 13. HD, 12426/1207 sayılı ve 02.07.2002 tarihli karar, Yarg. 13.HD, 12681/1436 sayılı ve 12.02.2002 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 27.12.2011).

C. GKHK'da Yer Alan Kira Tespitine İlişkin Düzenlemeler

GKHK'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de II. Dünya Savaşı sonrası ekonomik krizin yarattığı güçlükler nedeniyle, kiracıyı koruyan düzenlemeler yapılmıştır. Ezcümle, 1940 yılında kabul edilen Milli Koruma Kanunu ile kira bedelleri 1939 yılı rayiç bedelleri ile dondurulmuş, 1953 yılında ise bu Kanun da değişikliğe uğrayarak dondurulan kira bedellerine ilişkin zam oranları diğer bir kanunla tespit edilmiştir.⁷ Bu değişiklikleri de yetersiz gören kanunkoyucu çok kısa bir süre sonra, GKHK'nu yürürlüğe koymuştur. Ancak, GKHK'nun yürürlüğe girdiği 1955 yılından itibaren gerek Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları nedeniyle gerekse de kanunkoyucu tarafından eklenen geçici ve ek maddeler yüzünden önemli değişikliklere uğramıştır.

GKHK'da yer alan kira bedellerinin tespitine ilişkin hükümler ve bu hükümlerin uğradığı değişiklikler özetle; AY Mahkemesinin iptal kararından önceki dönem, AY Mahkemesinin iptal kararından sonraki dönem ve 4531 sayılı Kanunla getirilen değişiklikler başlıkları altında toplanabilir. Kira bedelinin tespiti ile ilgili düzenlemelerin gelişim sürecini takip edebilmek amacıyla GKHK'nun uğramış olduğu değişikliklerin incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde, GKHK'nun kira bedelinin tespitine ilişkin düzenleme ve değişikliklerine kısaca değinilerek, kanunun mülga olmadan önceki son düzenlemelerine yer verilecektir.

I) İptal Kararından Önceki Dönem (1955 – 1963 Yılları)

1955 yılında yürürlüğe giren GKHK'nun ilk hâlinde; özellikle o dönem için köyden kente göç eden kiracının ekonomik gücünü korumak amacıyla kira bedelleri, 1940 yılında MKK ile yapılmış olduğu gibi; 1953 yılındaki rayiç kira bedellerine dondurulmuştur.⁸ 1953 kira bedelleri ile dondurulan kiralara nedeniyle bu dönemde kira dönemi yenilense de kira artışı yapılamaz hâle gelmiş ve kanunun emredici nitelikteki bu düzenlemesi uyarılma davasının açılması imkânını da ortadan kaldırmıştır.

Kanunun getirdiği bu düzenleme, kiralayanın elde ettiği kira gelirinin çok düşük seviyede kalmasına ve özellikle 10 yıl içerisinde iyileşen ekonomik şartlar nedeniyle kira sözleşmelerinde kiralayan aleyhine bir eşitsizlik yaratılmasına sebep olmuştur. Bu nedenle de Kanunun özellikle 2. ve 3. maddeleri aleyhine iptal davası açılmıştır.

II) Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı (1963 – 1999 Yılları)

GKHK'nun, emredici nitelikte bir hükümle; sözleşme serbestisine getirdiği sınırlama "mülkiyet hakkının özüne dokunan bir nitelik taşıdığı" ve "böyle bir sınırlamaya artık ihtiyaç kalmadığı" gerekçeleriyle 1963 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁹ AY Mahkemesinin iptal kararı ile birlikte o dönemde uygulanmakta olan

⁷ Kira bedellerini 1939 yılı rayiç ile donduran 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu, 26.01.1940 tarihli ve 4417 sayılı RG ve bu kanunda değişiklik yapan 06.05.1955 tarihli ve 6084 sayılı Milli Koruma Kanununun Tadiline Dair Kanun.

⁸ GKHK'nun amacı ve kira bedelinin tespiti hükümlerinin tarihi gelişimine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Aral*, s. 218.

⁹ GKHK'nun 2. ve 3. maddeleri ile getirilen bu düzenleme yalnızca kira bedelinin yeniden tespit edilmesini değil; olağanüstü durumlar karşısında kira bedelinin uyarlanması imkânını da ortadan kaldırmıştır. Maddelerin iptaline ilişkin 26.03.1963 tarihli ve 3/67 sayılı AY Mahkemesi kararı için bkz. 31.04.1963 tarihli ve 11416 sayılı RG.

kira sözleşmeleri için kira bedelinin tayininde tarafların serbest olup olmadığı konusunda bir belirsizlik ortaya çıkmıştır.¹⁰ Kısa bir süre sonra bu kez de GKHK'nun; 4, 5, 6, 8, 9, 11, 14 ve 16. maddelerinin benzer gerekçelerle iptali için dava açılmış ancak bu dava sonuçsuz kalarak AY Mahkemesi, ilgili maddelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

İptal kararından sonra ortaya çıkan belirsizlikler için kanunkoyucu yeni bir düzenleme yapmamış; ortaya çıkan belirsizlik Yargıtay tarafından doldurulmaya çalışılmıştır.¹¹ Yargıtay'ın belirsizliği giderme çabaları sonucunda ise içtihatlarla dayanan bir kira tespit hukuku ortaya çıkmıştır. Bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte kısaca Yargıtay'ın yarattığı kira tespit bedeline ilişkin kuralların; kira bedeli artışının hak ve nesafete uygun olarak ve sınırlı şekilde arttırılmasına ilişkin olduğu söylenebilir. Bu kurallar doğrultusunda kira bedelinin artışı 2000 yılına kadar yıllık % 65 oranı ile sınırlandırılmıştır.¹²

III) 4531 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikler (2000 Yılı ve sonrası)

2000 yılından sonra ise, Yargıtay tarafından yaratılan artış oranlarının kanun hükmüne bağlanması ve uygulamaya yeknesaklık kazandırılması amaçları ile GKHK'na geçici bir madde eklenmiştir.¹³ GKHK'na eklenen geçici 7. madde ile, kira sözleşmesinin

¹⁰ AY Mahkemesinin ilgili kararı hakkında görüşleri ve yaşanan bu belirsizliğin kararın yürürlüğe gireceği tarihe kadar bir kanun çıkartılması yoluyla sona erdirilebilecek iken; işin Yargıtay'a bırakılmış olması konusunda eleştirileri için bkz. *Tunçomağ*, Kenan: Yargıtay Kararları Açısından Kira Parasının Tayini Mes'elesi, Yargıtay Yüzyüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 626.

¹¹ Doktrinde yer alan bir görüşe göre; AY Mahkemesinin iptal kararı ile birlikte, kira artış oranının belirlendiği sözleşmelerde kira artış oranının sınırlandırılması konusunda GKHK'da, hâkimin MK m.1/II hükmüne göre doldurması gereken bir boşluk ortaya çıkmıştır. Ancak iptal kararı, Yargıtay'ın 18.11.1964 tarihli ve 1964/2 sayılı İBK'nın aksine, kira artış oranının ne kadar olması gerektiği konusunda herhangi bir kanun boşluğu doğurmamıştır. Bu görüşe göre, pozitif hukukun tamamı değerlendirildiğinde kanunkoyucunun böyle bir hükme GKHK'da yer vermemesinin amacı, bu konuda bir düzenlemeye ihtiyaç duymamış olmasıdır. Yenilenen kira dönemine ilişkin kira artış oranının belirlenmediği sözleşmeler açısından ise bu görüş, sözleşme boşluğuyla varlığını kabul etmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Topuz/Topuz*, s.77 vd. ile s. 81 vd. Sözleşme boşluğu ve sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulmasına ilişkin olarak ayrıca bkz. *Kaplan*, s. 81 vd.

¹² Yargıtay 13. HD'nin 6113/6715 sayılı ve 07.10.1999 tarihli kararında: "Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan 7/12/1989 tarihli iki yıllık kira sözleşmesinin özel şartlar 5. maddesinde "mecurun aylık kira parası bir sene sonra 7/12/1990 tarihinden itibaren (daha önceden ihtarname keşidesine mahal kalmaksızın) seneden seneye kira başlangıcı olan Aralık ayındaki toptan Eşya Fiyat Endeksindeki artışa ve Yargıtay içtihatlarına göre artırılarak tesbit olunacak ve buna göre aynı şekilde aydan aya peşinen tediye edilecektir." hükmüne yer verilmiştir. Bunun anlamı takip eden yıllarda da, kira parasının bir önceki yıla oranla artırılarak ödeneceğidir. Arttırmada, Yargıtay kararları nisbeti benimsendiğine göre bu oran % 65'dir." şeklinde hüküm kurularak, %65 oranının Yargıtayca benimsenen oran olduğu vurgulanmıştır (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 27.12.2011). Emsal kararlar için ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, 06.12.1994 tarihli ve 14420/15571 sayılı kararı; Yarg. HGK, 23.01.1991 tarihli ve 1990/3.474-1991/8 sayılı kararı; *Kılıçoğlu*, s.388 vd.

¹³ 16.02.2000 tarihli ve 4531 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Geçici Bir Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, 18.02.2000 tarihli ve 23968 sayılı RG.

yapıldığı bölgedeki rayiç kira bedelleri ile sınırlı kalmak şartıyla; kira bedelinin artış oranı 2000 yılı için yıllık % 25, 2001 yılı için ise yıllık % 10 olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme ile kanunkoyucu, kira bedelindeki artış oranını öncelikle sözleşmenin yapıldığı bölgedeki rayiç kira bedeli ile sınırlı tutmuş; rayiç kira bedelini aşmaması şartıyla belirli oranlara sabitlemiş, bununla da yetinmeyerek kanunla belirlenen bu oranların dışında kalabilmek amacıyla yeniden kira sözleşmesi yapılmasını yasaklamıştır.¹⁴

GKHK'na 18.02.2000 tarihinde eklenen ve emredici nitelik taşıyan bu düzenleme, 2000 yılı içinde yapılacak tüm kira bedeli artışlarını esas aldığı için; kanunda, "...yayınlandığı andan itibaren yürürlüğe girer." yazmakta¹⁵ ise de, yürürlüğe girdiği tarihten önceki kira bedeli artışları için ve hatta kiracı ile kiralayanın sözleşmede farklı bir oran kararlaştırmış olmaları ihtimalinde dahi uygulanacaktır.¹⁶

2000 yılında getirilen bu düzenleme de mülkiyet hakkının özüne zarar verdiği gerekçesiyle iptal davasına konu olmuştur. AY Mahkemesi ise, "kanunun Anayasa ile çelişen bir yönünün bulunmadığı, ancak 2001 yılı için kanunda öngörülen % 10'luk artışın ekonomik kriz nedeniyle yaşanan fiyat artışlarının çok altında kaldığı" gerekçeleri ile geçici maddenin yalnızca 2001 yılına ilişkin % 10'luk artış oranının düzenlendiği kısmını iptal etmiştir.¹⁷

4531 sayılı Kanunun getirdiği diğer bir sınırlama; yabancı para veya madene endeksli olarak kira bedelinin belirlenmiş olduğu kira sözleşmelerine ilişkindir. Kira sözleşmesinde taraflar, kira bedelini yabancı para ya da kıymetli madene endeksli olarak kararlaştırmışlarsa; ayrıca yıllık kira artışı uygulanmaz. Dolayısıyla, kira bedelinin yabancı para ya da kıymetli maden üzerinden belirlendiği sözleşmeler için kira bedelinin tespiti davası açılmayacaktır.

Geçici madde, 2002 ve sonrası yıllar için herhangi bir artış oranı öngörmemiş olduğundan bu maddenin uygulanması yalnızca 2000 ve 2001 yılları ile sınırlı kalmıştır.¹⁸

¹⁴ Kira bedeli artış oranının rayiç bedelle sınırlı olması; sözleşmenin yapıldığı bölgede kira bedellerindeki artışın 2000 yılı için % 25, 2001 yılı için ise % 10'un altında kalması ihtimalinde bu oranların değil, rayiç bedelin esas alınacağı anlamına gelmektedir.

¹⁵ 4531 sayılı Kanunun yürürlüğü ile ilgili açıklama ve eleştiriler için bkz. *Altas*, Hüseyin: Kira Parası Artışlarının Sınırlanması, AÜHFĐ, C. 49, S. 1, 2000, s. 100 vd.; *Zevkiler*, s. 201 vd.

¹⁶ Keza, sözleşme hükümleri ancak emredici nitelikteki hükümlere aykırı düşmediği ölçüde uygulanır. Sözleşmede bulunan artış oranlarına ilişkin hüküm ise, Yarg. 6,12 ve 13. HD'lerinin son zamanlarda terk ettiği uygulamasına göre, kira bedelinin tespitine ilişkin bir dava açılıp karar alınmış olsa bile; bir sonraki kira döneminde taraflar için bağlayıcıdır. Yarg. 3. HD'nin yerleşik uygulamasına göre ise, sözleşmede yer alan artış koşulu yalnızca ilk yenileme dönemi için geçerlidir. Açıklamalar için bkz. *Gökçe*, Erdoğan: Kira Hukukunda Özel Kurallar, İBD, C. 80, S.1, 2000, s.140.

¹⁷ 19.07.2001 tarihli ve 303/333 sayılı AY Mahkemesi kararı için bkz. 15.09.2001 tarihli ve 24524 sayılı RG.

¹⁸ Açıklamaya ilişkin olarak Yargıtay 3. HD, 24.02.2009 tarihli ve 425/2656 sayılı kararı; "Anulan yasa 2000 ve 2001 yıllarına ilişkin kira paralarının artışı ile ilgili olup, süreli kanun niteliğindedir. Bu itibarla, yasa hükmü gözetilmeksizin yapılacak yargılama sonucuna göre hüküm kurulmalıdır." (Legal Hukuk Dergisi, Y: 7, S.82, s. 3205). Yargıtay, yabancı para üzerinden kira bedelinin belirlenmiş olduğu kira sözleşmeleri için TL üzerinden kira tespit davası açılabilmesini mümkün kılmıştır. İlgili karar şu şekildedir: "Sözleşmedeki kiranın yabancı para üzerinden ödenmesine ilişkin hükmün yeni dönemde diğer hükümler gibi yenilenmediği ve sözleşmenin tarafı olan davacının da yeni dönem kira parasının Türk Lirası YÜHFĐ Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFĐ Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

D. Yargıtay Uygulamasında Kira Bedelinin Tespiti

GKHK'nun 2 ve 3. maddelerinin iptali ile ortaya çıkan belirsizlik, Yargıtay uygulamasında da birbirinden farklı kararların ortaya çıkmasına sebep olmuş¹⁹; bunun üzerine sorunun çözümü için konu ile ilgili birden fazla İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir. Uzun yıllardır süregelen Yargıtay uygulaması, TBK'nın hazırlanmasında da önemli bir rol oynamıştır. Bu nedenle çalışmamızın konusunu yakından ilgilendiren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının incelenmesi; uygulamanın yeni kanuna ne şekilde yön verdiğini belirleyebilmek açısından önem taşımaktadır.

D) 18.11.1964 tarihli ve 1964/2-4 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

AY Mahkemesinin iptal kararından sonra verilen ilk ve en önemli İBK olan 18.11.1964 tarihli ve 1964/2-4 sayılı karar ile Yargıtay, kira bedellerinin tespiti ile ilgili belirsizliği ortadan kaldıracak nitelikte birçok açıklama yapmıştır. Özetle ifade etmek gerekirse Yargıtay; AY Mahkemesinin, kira bedelinin sınırlandırılmasını AY'ya aykırı bulduğu için değil; 2. ve 3. maddelerde yer alan Mayıs 1953 rayici ile sınırlandırmanın adalete ve eşitliğe aykırı olduğu gerekçeleriyle iptal ettiğini kabul ederek kira bedellerinin kanun tarafından sınırlandırılmasının AY'ya aykırı olmadığını ifade etmiştir.

İBK'ya göre yalnızca 2. ve 3. maddelerin iptali, kanunun diğer hükümlerini uygulanamaz hâle getirmemiş ancak kanunkoyucu tarafından doldurulmamış olduğuna göre, kanunda bir boşluk meydana gelmiştir. Yargıtay'ın bazı dairelerince benimsendiğinin aksine İBK'ya göre; meydana gelen bu boşluk " taraflar kira bedelini diledikleri gibi tespit edebilir" şeklinde anlaşılabilir. Keza, böyle bir düşünce, tümüyle kira bedellerinin sınırlandırılmasına ilişkin bağlantılı maddeler içeren ve AY Mahkemesi tarafından AY'ya aykırı bulunmayarak iptal edilmemiş olan GKHK'nun var oluş amacına ve özüne aykırıdır. Nihayetinde bu boşluk, İBK'ya göre hâkimin hukuk yaratmasıyla doldurulacak bir boşluk niteliğindedir ve iptal kararı, geride kalan kira paraları için değil; iptal kararından sonra yenilenen dönem kira paraları için etkili olacaktır.

Yargıtay, bu İBK ile iptal kararının ne zamandan itibaren etkili olacağı hususunda net bir şekilde çözüme bağlamış²⁰, kira bedelinin tespiti konusunda ise MK m. 1'in

üzerinden tespitini talep ettiği gözetildiğinde BK.nun 83. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hakimin sözleşmedeki bu boşluğu doldurup, kira parasını Türk Lirası cinsinden belirlemesi gerekmektedir." Bkz.Yarg. 3. HD'nin 3713/5246 sayılı ve 29.03.2010 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 27.12.2011).

¹⁹ Örneğin, Yarg. 3.HD'nin 08.05.1964 tarihli ve 3307/ 2673 sayılı kararında; "iptal kararından önce yapılan sözleşmelerde ve yenilenen dönemin iptal kararından sonraki dönemde olması durumunda, iptal edilen maddelerin taraflar için bağlayıcı olacağına" karar verilmiş iken; Yarg. 6. HD'nin 29.06.1964 tarihli ve 3328/6834 sayılı kararında; "iptal tarihinden sonra tarafların MK m. 2 çerçevesinde kalmak kaydıyla kira bedelini diledikleri gibi tespit edebileceklerine" karar vermiştir.

²⁰ Yargıtay'ın 18.11.1964 tarihli ve 1964/2-4 sayılı İBK'nın sonuç kısmı şu şekildedir: "Taşınmaz mal kiralama ilişkin 6570 sayılı Yasanın 2. ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptali kararının yürürlüğe girmesinden önce yapılmış veya yenilenmiş bulunan kira akti süresinin, sözü edilen iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte sona ermesi dolayısıyla başlayan yeni dönemde, aktin kira parasına ilişkin hükmünün yenilenmeyip diğer hükümlerinin yenilenmiş olduğuna, kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun bilirkişice tespit edilecek olağan rayiç ve bu tespit edilemezse ekonomi

uygulanacağını ve öncelikle kira bedelinin bilirkişilerce tespit edilecek rayiç bedele uygun olarak arttırılacağını; ancak bunun tespit edilememesi hâlinde ekonomi esasları ve hak ve nesafete göre yine bilirkişinin belirlediği oranın esas alınacağı sonucuna varmıştır.

Yargıtay'ın kesin sınırlar çizmeyerek büyük ölçüde hâkime takdir yetkisi tanı-
mış olması nedeniyle; Yargıtay Hukuk Daireleri arasında birbirinden farklı ölçütlere
dayanan kararlar ortaya çıkmış, Yargıtay İBK'na rağmen uygulamada bir yeknesaklık
sağlanamamıştır.²¹

II) 21.11.1966 tarihli ve 1966/19-10 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay, 21.11.1966 tarihli ve 1966/19-10 sayılı İBK ile iptal kararından sonra yapı-
lan kira sözleşmeleri için de kiralayanın, kiracı aleyhine yenilenen dönem için tespit
davası açabileceğini belirterek; yenilenen kira dönemlerinde kira parasının rayiç bedel
ile sınırlı olacağını ve kiralayanın ihtar yapma zorunluluğu olmadan kira parasının
tespiti için her zaman dava açabileceğini ancak kira bedelinin tespitini yalnızca belirli
bir dönem için isteyebileceğini ve son olarak da, yenilenen kira dönemi ile ihtarsız
açılan davanın arasında en az 15 gün olması şartıyla mahkemenin tespitinin yenilenen
kira dönemi için geçerli olacağı sonucuna varmıştır.²²

Yargıtay bu İBK ile, kiralayanın kira tespiti davası açma hakkını kabul etmişken
kiracının dava açıp açamayacağına ilişkin bir açıklamaya yer vermemiştir. Bununla
birlikte kiralayanın, yenilenen kira dönemi için kiracıya kira bedelinin arttırılmasına
ilişkin ihtar göndermesini bir zorunluluk olarak kabul etmemiş ancak; ihtarsız açılan
davanın yenilenen kira dönemi için geçerliliğini 15 günlük süreye bağlamıştır. Yargı-
tay'a göre, dava dilekçesinin kiracıya tebliğ edildiği tarihten sonraki 15 gün içinde
kira sözleşmesi yenileniyorsa yani; tebliğ süresi ile yenilenme süresi arasında 15 gün-

*esasları ve hak ve nasafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak hakim tara-
fından doldurulması gerektiğine, birinci toplantıda üçte iki çoğunluk gerçekleşmediğinden ikinci toplantı-
da bulunan 60 üyeden 4 kişinin kiralaların tam olarak serbest bulunduğu ve 19 kişinin bu türlü kira aktiler-
inin kira parası ile beraber yenilenmiş bulunduğu yolundaki oylarına karşılık 37 oy ile 18.11.1964 gü-
nünde karar verildi.” (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 20.11.2011).*

²¹ Yargıtay İBK'na ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. *Tunçomağ*, s. 626 vd.;
C.Yavuz, s. 142 vd., *Ertürk*, Erkan: Uygulamada Kira Tespiti ve Uyarılma Davaları, Ankara 2005, s. 8
vd.; *Tunaboylu*, Müslim: Kira Hukuku – Tahliye, Uyarılma, Tesbit, Alacak Davaları, C.2, Ankara 2005,
s. 1287.

²² 21.11.1966 tarihli ve 1966/19-10 sayılı Yargıtay İBK'nın özeti şu şekildedir: “1- 6570 s. Yasanın 2 ve
3. maddelerini iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış olan
taşınmaz mala ilişkin kira sözleşmelerinde kararlaştırılan kira paraları hakkında kiralayan tarafından
kiracı aleyhine kira süresinin sona ermesinden sonraki dönem için kira parasının tespiti davası açılabilir.
2- Bu davanın görülebilmesi için kiralayan tarafından önce kiracıya ihtar [ihtar] yapılması gerekmez. 3-
Kiralayan, tarafından kiracı aleyhine kira parasının belirlenmesi için her zaman dava açılabilir. 4- Kir-
layan dava dilekçesinde belirlenecek kira parasının hangi tarihten itibaren kiracıdan alınacağı hususu-
nun açıklanmasını istediği takdirde mahkeme bu hususu kararında belirtir. 5- Kiralayan tarafından kiracı
aleyhine kira tespit davasında belirlenecek yeni kira parasının o davaya ait dilekçenin tebliğini izleyen
kira dönemi için kiracıyı bağlar. Ancak dilekçenin tebliği tarihi ile yeni kira döneminin başladığı tarih
arasında 15 günden fazla bir sürenin geçmiş olması gerekir.” (Kazancı İçtihat Programı, erişim:
20.11.2011).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

den daha az bir süre varsa, bu durumda mahkemenin kira bedeline ilişkin yapacağı tespit ilk yenileme dönemi değil, sonraki yenileme dönemi için geçerli olacaktır. Ancak kiralayan, kira dönemi yenilenmeden önce kanunun öngördüğü 15 günlük süreden önce ihtarda bulunmuşsa; kira bedelinin tespiti davasını o kira döneminin sonuna kadar her zaman açabilecektir.

Yargıtay'ın bu İBK ile yapmış olduğu tespitler, uygulamanın büyük ölçüde sorunlarını çözmüştür. Yargıtay Hukuk Dairelerinin davanın açılacağı zamana ve ihtarın yapılmasına ilişkin farklı farklı kararlarının önüne geçen İBK, kira bedelinin tespiti ile ilgili 1964 yılı İBK'sından farklı hiçbir düzenleme getirmemiştir.²³ Bu nedendir ki, bedelin tespiti hususunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasında süregelen uyuşmazlık, birazdan inceleneceği üzere, devam etmiştir.

III) Yargıtay Uygulamasının Gelişim Süreci

1964 yılı İBK'sı ile Yargıtay'ın kira bedelinin tespitinde kabul ettiği esaslar; *rayiç kira bedeli, ekonomik esaslar ve hak ve nesafet kuralları* şeklinde olmuştur.²⁴ Yargıtay kararlarında hâkim uygulamaya göre bu kavramların karşılığı şunlardır:

a. **Rayiç Kira Bedeli:** Olağan şartlar altında yapılmış kira sözleşmeleri ile kabul edilen bedeldir.²⁵ Bu nedenle de olağanüstü ve özel şartlar altında yapılan sözleşmelere bakılarak rayiç bedel tespit edilemez.²⁶ Rayiç kira bedeli, hâkimin görevlendireceği bilirkişiler tarafından; kira sözleşmesine konu olan taşınmazın bulunduğu bölgedeki benzer nitelikteki taşınmazlara göre değerlendirilerek, bu değerlendirme sırasında kiralananın önemi ve taşınmaz özellikleri de göz önünde tutulur.²⁷

²³ Yargıtay İBK'na ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. *C.Yavuz*, s. 145 vd., *Ertürk*, s. 13 vd. *Tunçomağ*, s. 644 vd.

²⁴ Yargıtay'ın verdiği kararlarda bir birlik bulunmamaktadır. Bu nedenle kira bedelinin tespiti konusunda net çizgilerle ayırım yapılabilmesi mümkün değildir. Ancak, uygulamada hâkim olan kuralların tespit edilebilmesi ile bir sonuca varılabilir. Yargıtay'ın birbirinden farklı kuralları nedeniyle yaşanan güçlüğe ilişkin haklı eleştiriler ve örnek Yargıtay kararları için bkz. *Arpacı*, Abdülkadir: Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2002, s. 40. İçtihatlardan sonra ortaya çıkan Yargıtay uygulamasına ilişkin yıllara göre sistematik açıklama için bkz. *Tokmak*, Tuğçe: Kira Bedelinin Tespiti, YÜHFD, C. VI, S.1, 2009, s. 225.

²⁵ Rayiç kira bedelinin Yargıtay tarafından yapılmış olan ayrıntılı tanımı için bkz. 18.11.1964 tarihli ve 1964/2-4 sayılı İBK.

²⁶ Doktrinde bir görüş, emsal bedel ve rayiç bedel arasında bir ayırım yaparak; rayiç bedelin uzun süreden beri oturmuş ve yerleşmiş kiracı ve kiralayanlar tarafından kabul edilen bedel olduğunu vurgulamaktadır. Örneğin, o taşınmazda oturmak ya da işyeri açmak için her fedakârlığı göze alan bir kişinin yapmış olduğu kira sözleşmesindeki bedel; rayiç bedeli yansıtmaz. Böyle bir bedel ancak emsal bedel olarak değerlendirilebilir. Doktrinde hâkim görüş ve Yargıtay HD Kararları da rayiç kira bedelinin bir bölgede uzun yıllardır yerleşen kira bedellerine göre belirleneceğini kabul etmektedir. Örnek olarak bkz. *Tunçomağ*, s. 641. Emsal bedel ve rayiç bedel arasındaki ayırma ilişkin görüşleri için bkz. *Yavuz*, Nihat: Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişmelerin Sistematik Açıklaması (II), Yargıtay Dergisi, S.2, 1988, s. 306.

²⁷ Rayiç bedelin bilirkişi tarafından belirlenmesinde ise bilirkişi, emsal kira sözleşmelerini araştırarak, kira parasına etki eden diğer çevresel unsurları belirleyecek ve kiralananın boş olarak kiraya verilmiş olması hâlinde getireceği kira bedeli araştırılarak; bu bilgiler doğrultusunda hak ve nesafet kurallarına uygun bir kira bedeli belirlenecektir. Yargıtay, bilirkişinin bu unsurları araştırmaksızın yapmış olduğu

b. Ekonomi Esasları: Rayiç kira bedelinin tespit edilememesi hâlinde bilirkişilerin kira bedelini tespit için başvuracağı ikinci yol, ekonomi esaslarıdır. Yargıtay'ın ekonomi esasları tabiri ile anladığı; toptan eşya fiyat endeksinde (TEFE)²⁸ meydana gelen artış oranlarıdır. Ancak Yargıtay, ekonomik verilerin TEFE ile sınırlanamayacağı ve bölgeden bölgeye değişiklik göstermekte olduğu gerekçeleriyle TEFE artış oranlarını olduğu gibi kira bedellerine uygulamamakta; hak ve nesafet ölçüsü de burada devreye girmektedir.

c. Hak ve Nesafet Kuralları: Hak ve nesafet kuralları hem rayiç kira bedeline göre hem de ekonomi esaslarına göre kira bedelinin tespit edildiği hâllerde nazara alınması gereken kurallardır. Keza, doktrinde de kabul gördüğü üzere; kira sözleşmesinin yenilenmesi ile kiracının yeniden bir kira sözleşmesi yapması birbirinden farklı kavramlardır. Dolayısıyla, ne kiracı yeni bir kira sözleşmesi yapmış gibi fazla para ödemeye zorlanabilir ne de kiralayan yeni bir kiracı ile sözleşme yapmış gibi fazla para isteyebilir. Bu nedenle de her iki durum için de hâkim, bilirkişilerin tespit ettiği bedel üzerinde hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde bir indirim yapmalıdır.²⁹

Özellikle rayiç kira bedeline ulaşılamamış olması hâlinde Yargıtay Hukuk Dairelerinin kira bedelinin tespiti hususunda verdikleri kararların gelişimi incelendiğinde özetle şu sonuçlara ulaşılabilir:

a. Yargıtay'ın kira bedelinin tespiti ile ilgili ilk uygulaması; TEFE artış oranına göre belirlenmiştir. Bu uygulamaya göre; TEFE'nin yıllık artış oranının % 40'tan az olması hâlinde, kiralanan taşınmazın emlak vergisi beyan değerinin % 7'sinin altında kalınmaması şartıyla kiraya % 20'lik artış yapılmış; % 20'lik artışla kira bedelinin emlak vergisi beyan değerinin % 7'sinin altında kalması hâlinde ise; vergi değerinin % 7'si kira bedeli olarak esas alınmıştır. TEFE'nin yıllık artış oranının % 40 ile % 60 aralığında kalması hâlinde kiraya % 50 oranında, TEFE'nin yıllık artış oranı % 60'ın üzerinde olduğu hâlde ise; kira bedeline % 30 oranında artış yapılmıştır.³⁰

tespite dayanılarak hüküm kurulamayacağını birçok kararında vurgulamıştır. Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD, 31.03.2008 tarihli ve 1300/5507 sayılı kararı (LHD, Y:6, S.67, s. 2397), Yarg. 3. HD, 19.10.2006 tarihli ve 11935/13516 sayılı kararı (LHD, Y:5, S.51, s. 876), Yarg. 3. HD, 29.12.2008 tarihli ve 20382/22402 sayılı kararı (LHD, Y:7, S.75, s. 861). Bu kararlarla aynı doğrultuda olmakla birlikte Yargıtay bir diğer kararında: "*Ayrıca, hak ve nesafete göre belirlenecek kira parasının, endeks uygulamasına göre tespit edilecek miktardan daha az olamayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır.*" şeklinde hüküm kurarak, kiracı ile birlikte kiralayana da korumak istemiştir. Karar için bkz. Yarg. 3. HD, 31.03.2008 tarihli ve 1303/5489 sayılı kararı (LHD, Y:6, S.67, s. 2396).

²⁸ Toptan eşya fiyat endeksi, 2004 yılından sonrası için üretici fiyatları endeksi olarak hesaplanmaya başlanmıştır. ÜFE ve TEFE aynı kavramlara karşılık gelmekte iken; bu oranların tüketicilere yansımaları tüketici fiyatları genel endeksi (TÜFE) ile hesaplanmaktadır.

²⁹ Bu konuda doktrinde yer alan görüşler için bkz. *Gümüş*, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008, s. 327; *Aral*, s. 222; *Topuz/Topuz*, s. 85; *Kılıçoğlu*, Mustafa: Tahliye, Kira Tesbiti ve Uyarılma Davaları, Ankara 1996, s.387. Ancak, TEFE oranları ile kira bedelinde yapılan artışın günün şartlarına göre yetersiz kaldığı durumlarda hâkimin hak ve nesafet ölçüleri içerisinde kira bedelinde daha fazla artış yapması da mümkündür. Açıklama için bkz. *Arpacı*, s. 50 (O.Kuntman'm ABD, 1991 S. 7-8-9, s. 593'te bulunan açıklamalara atfen).

³⁰ Örnek Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD, 11.06.1984 tarihli, 3116/3106 sayılı kararı; Yarg. 3. HD, 22.03.1984 tarihli ve 1453/1366 sayılı kararı; Yarg. 3. HD, 06.01.1987 tarihli ve 10133/117 sayılı *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

b. Ülkede yaşanan enflasyon oranının fazlalığı nedeniyle TEFE'nin % 100'lerin üzerine çıktığı dönemlerde ise Yargıtay, hak ve nesafet kurallarını göz önünde tutarak; TEFE oranı ne oranda artarsa artsın yenilenen kira bedelinin, önceki kira bedelinin % 65'ini geçemeyeceğini karara bağlamıştır.³¹

Önemle belirtmek gerekir ki, tarafların kira bedelini ne şekilde arttıracaklarını kendi aralarında belirlemiş olması, ilk yenileme dönemi dışında; hâkim açısından bağlayıcı değildir. Diğer bir anlatımla, yenilenen kira dönemine ilişkin uygulanacak sözleşme şartları yalnızca ilk uzama dönemi için uygulanır. Yargıtay'ın kabul ettiği bu uygulama, kira bedelinin tespitinin kamu düzenine ilişkin olması gerekçesine dayanmaktadır.³²

Son dönemde verilen Yargıtay kararlarına göre ise, özel gelişme veya şartların varlığı ispat edilmediği sürece; kira sözleşmesi ile belirlenen kira bedeli ilk üç yenileme yılında DİE'nün belirlediği TEFE (ÜFE) oranında arttırılır.³³ Yargıtay, TEFE (ÜFE) oranına uygun olarak yapılan arttırmıyla elde edilen kira bedelinin hak ve nesafet kurallarına uygun olduğunu kabul etmektedir.³⁴

E. TBK'da Yer Alan Kira Bedelinin Tespitine İlişkin Düzenlemeler

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TBK, yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, GKHK'nu yürürlükten kaldıracaktır. GKHK'nun yürürlükten kalkmasıyla, bu kanundan doğrudan ya da çok az düzenlemeyle "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" başlığı altında TBK'ya intikal etmiş olan maddeler yalnızca belediye teşkilatı olan veya

kararı: *Yavuz*, Nihat: Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişmenin Sistematik Açıklaması (I), Yargıtay Dergisi, S. 1, 1988, s. 136 (2. DN'ta yer alan örnek Yarg. kararları).

³¹ Örnek Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD, 19.01.1995 tarihli ve 15845/308 sayılı kararı; Yarg. 3. HD, 13.12.1994 tarihli ve 12722/16127 sayılı kararı: *Kılıçoğlu*, s.388 vd.

³² Örnek Yargıtay Kararları için bkz. Yarg. 3. HD, 21.06.1999 tarihli ve 6400/6492 sayılı kararı; Yarg. 3. HD, 01.03.1999 tarihli ve 1548/1873 sayılı kararı: *Tunaboğlu*, s. 1297.

³³ Örnek Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD, 19.02.2004 tarihli ve 1330/1038 sayılı kararı; Yarg. 3. HD, 29.01.2004 tarihli ve 352/535 sayılı kararı, Yarg. HGK, 09.02.2011 tarihli ve 3-645/53 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 20.12.2011).

³⁴ Doktrinde bir kısım yazar, kira sözleşmesinde artış oranının belirlenmemiş olduğu durumlar için Yargıtay kararlarını; "ilk yenileme döneminde rayiç bedel, sonraki üç yenileme döneminde TEFE oranları ve beşinci yenileme dönemi için yine rayiç bedel esasına göre belirleme yapılacaktır." şeklinde yorumlamaktadır. Bu görüş için bkz. *Gümüş*, s. 325. Ancak "*Yerleşmiş Yargıtay uygulamalarına göre ilk kira sözleşmesini takip eden üç dönem objektif ve özel şartlarda bir değişiklik olmazsa TEFE oranı (01.08.2002 için % 66.3 olup, % 65'i ve 01.08.2003 için % 32.1) gözetilmek suretiyle endeks uygulanarak bulunacak bedelin hak ve nesafete uygun olduğu kabul edilerek hüküm kurulmalıdır.*" şeklinde kaleme alınan Yargıtay kararı sonrasında bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. (yukarıdaki DN'ta anılan Yarg. 3. HD, 19.02.2004 tarihli ve 1330/1038 sayılı karar) Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, 25.01.2007 tarihli ve 23/478 sayılı kararı (LHD, Y:5, S.58, s. 3297), Yarg. 3. HD, 07.04.2009 tarihli ve 3529/6062 sayılı kararı (LHD, Y:7, S.79, s. 2132). Keza, Yargıtay taraflar arasında belirlenen ilk kira bedelinin rayiç esaslara uygunluğu kabul ederek sonraki dönemi rayiç bedele uydurma gereği duymamıştır ki bizce de, Yargıtay'ın bu yaklaşımı doğrudur. Aksi bir düşünce, sözleşmede kararlaştırılan ilk kira bedeline ilişkin ne kanunda ne de Yargıtay uygulamasında hiçbir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen; tarafların özgürce belirlediği bu bedele müdahale anlamına gelecektir.

iskele, istasyon liman gibi yerler için değil; köyden kente tüm kira sözleşmelerini kapsayacak şekilde uygulama bulacaktır. Ancak GKHK'nun çatılı yapılara uygulanma niteliği ilgili bölümün başlığından çıkardığımız sonuca göre, TBK ile de devam edecektir.³⁵

TBK'da, GKHK'dan farklı olarak kira bedelinin tespitine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Bu hükümler büyük ölçüde, Yargıtay tarafından yaratılmış olan "kira bedelinin tespiti hukuku"na benzer niteliktedir.³⁶

D) Genel Olarak Kira Bedeli

TBK'nın kira bedelinin belirlenmesine ilişkin bölümün ilk maddesinde kira bedeline ilişkin genel bir açıklamaya yer verilerek; kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir.³⁷

İki tarafa da borç yükleyen sözleşme ilişkilerinde; sözleşmede değişiklik yapılabilmesi için ya her iki tarafın bu sözleşmeye rıza göstermesi ya da yapılacak değişikliğin kanunda öngörülmesi gerekir.³⁸ Uzun süreli ve sürekli sözleşmeler açısından ise, BK'da genel bir hüküm bulunmamasıyla beraber doktrin ve Yargıtay, BK m. 365/2'nin uygulanmasını kabul etmiştir.³⁹ Dolayısıyla, genel hükümlere göre; kira sözleşmesinde değişiklik yapılması için ya tarafların bu konuda anlaşmış olmaları gerekir; ki bu hâlde zaten olağandışı bir durum söz konusu değildir; ya da kanunda buna ilişkin bir hüküm bulunması gerekir; ki bu hüküm madde 343 değil, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin madde 344'tür.⁴⁰

³⁵ Keza, çatısız konut düşümlerine. İşyeri bakımından ise kanun zaten çatılı işyerleri için bu hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla, çatısız işyeri kira sözleşmelerine genel hükümler uygulanacaktır. İşyerinin çatılı olup olmamasından ne anlaşılacağı açık değildir. TBK'nın da GKHK gibi güçsüz durumda bulunan kiracıyı koruduğu aşıkardır ancak örneğin, açık otopark kiralayan bir işyeri sahibi ile kapalı otopark kiralayan işyeri sahibi arasında kira sözleşmesi hükümleri bakımından fark yaratmanın gerekliliği tartışılabilir. Açıklamalar ve çatılı-çatısız işyeri kiralaları hakkında eleştiriler için bkz. *Akinci, Şahin: İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, AÜHFD, Y. 2008, s. 38 vd.

³⁶ Kira hukukunda var olan düalist yapının sona ereceğine ilişkin açıklamalar için bkz. *Başaran, Ece: Borçlar Kanunu Tasarısı Türk Kira Hukukunun İkili Yapısının Sonu Mu?*, THD, S. 38, Y. 4, 2009, s. 57 vd.; *Gümü, M. Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri*, İstanbul 2011, s. 62.

³⁷ Kanunun maddelerine ilişkin gerekçede, bu hükmün GKHK'da yer alan 9. maddeye karşılık olarak düzenlendiği ifade edilmiş olsa da kanaatimce TBK m. 343 ve GKHK m. 9 birbirinden oldukça farklı düzenlemelerdir. Madde gerekçeleri için bkz. TBK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/400), TBMM 23. Dönem, 3. Yasama Yılı, S.:321, s. 153.

³⁸ Akitte değişiklik yapılmasına ilişkin kurallar için ayrıca bkz. *Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2010, s. 155 vd.; uzun süreli ve sürekli edim içeren sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin düzenlemeler için bkz. *Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, İstanbul 2008, s. 367 vd.

³⁹ Bu düzenleme TBK'da genel hükümler arasına alınarak uygulamanın kabul ettiğine benzer şekilde 138. maddede düzenlenmiştir.

⁴⁰ Kanaatimce, Kanunda kiranın belirlenmesine ilişkin hâkime yetki veren hüküm madde 344'tür. Keza, maddelerin içerikleri itibarıyla m. 344; m. 343 olmasaydı dahi uygulanabilirliğini koruyacak niteliktedir. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

Kanunkoyucunun, genel hükümlerin tekrarı niteliğinde bir hükmü; özel bir hüküm gibi tekrar düzenlemesi; düşündürücü niteliktedir. Acaba bu hüküm, tarafların anlaşmaları, hâlinde dahi, kira bedeli dışında bir değişiklik yapılamayacağını ya da hâkimin kira bedelini belirlemek dışında, kira sözleşmesine müdahalesinin söz konusu olamayacağını mı ifade etmektedir? Kanaatimce, her iki sorunun cevabı da olumsuzdur. Kanunkoyucu, GKHK'da yer aldığı gerekçesiyle bu maddeyi kanuna almakta bir sakınca görmemiş; GKHK'nun kendine özgü yapısını bir anlamda göz ardı etmiştir. Her şeyden önce GKHK'nın, hazırlandığı dönem ve hazırlanma amaçları düşünüldüğünde 9. maddenin eleştirilecek bir yanı bulunmamaktadır. Keza, bu maddenin GKHK'da yer alma amacı kanaatimce; kiranın belirlenmesi ile ilgili olarak yalnızca GKHK'da yer alan hükümlerin uygulanacak olduğunu vurgulamaktır ve kanunun ilk hâliyle uygulandığı düşünüldüğünde çok da yerinde bir hükümdür.⁴¹ Oysaki, yukarıda açıkladığımız üzere; AY Mahkemesinin GKHK'nun 2 ve 3. maddelerini iptal etmesiyle bu hükmün bir amacı kalmamıştır.

GKHK'nun sözleşme serbestisini sınırlayıcı yapısı TBK'da da yer alsa da bu sınırlamalar kira bedelinin belirlenmesinde ve birazdan açıklanacağı üzere, kira bedeli dışında başka bir yükümlülüğün getirilememesi şeklindedir. Ancak TBK m. 343 adeta, sözleşme serbestisinin kapsamı içinde yer alan sözleşmede değişiklik yapılması özgürlüğünü de kısıtlar şekilde kaleme alınmıştır.

II) Kira Bedelinin Belirlenmesi

TBK m. 344, kira bedelinin sözleşmenin taraflarınca belirlenmesini, geçmiş yılın üretici fiyat endeksindeki (ÜFE) artış oranı ile sınırlı olarak geçerli saymıştır.⁴² Bu hâlde, Yargıtay'ın TEFE ile tayin ettiği kira bedelindeki artış oranları artık şüpheye yer bırakmayacak şekilde ve ÜFE oranları ile sınırlıdır. ÜFE'deki artış oranını tavan sınır olarak almak kaydı ile sözleşmenin tarafları kira bedeli artışını özgürce kararlaştırabileceklerdir.⁴³

Maddenin devamında, bu kuralın bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde de uygulanacak olduğu açıklanmıştır. İfadesi itibarıyla "önceki düzenlemeler yalnızca bir yıl-

Oysaki madde 343 tek başına yeterli olmadığı gibi; hâkime yetki veren değil, olsa olsa m. 344'ü destekler nitelikte bir hükümdür.

⁴¹ GKHK m. 9 hükmü şu şekildedir: "Kira mukavelelerinde, bu Kanunun kira bedellerinin tayinine müteallik hususlar müstesna kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz."

⁴² Kanunkoyucunun, TEFE değil de ÜFE oranını esas almasının sebebi madde gerekçesinde, "Devlet İstatistik Enstitüsü (diğer adıyla Türkiye İstatistik Kurumu)'nun bir süredir TEFE yerine ÜFE oranlarını yayınlaması" olarak gösterilmiştir. Gerçekten de TÜİK'in, endeks oranlarını yayınladığı internet sitesinde yer alan bilgiler doğrultusunda TEFE'nin 2005 yılı öncesi, ÜFE'nin ise; 2005 yılı sonrası ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. <http://www.tuik.gov.tr> (erişim: 20.12.2011).

⁴³ Doktrinde bir kısım yazar, sözleşme özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamayı isabetsiz bulmaktadır. Bu görüşe göre, GKHK zamanından beri uygulanmakta olan kiracıyı koruyan hükümlerin artık bir anlamı kalmamıştır. O dönem için kiralayan karşısında güçsüz olan kiracılar kendi mülklerini edinebilecek kadar güçlenmişlerdir. Bu nedenle de, kiracıyı koruyan hükümlerin bir süre daha uygulanması kabul edilebilir ise de; temel ve kalıcı bir yasa olan Borçlar Kanununa alınması doğru değildir. Görüş için bkz. *Kılıçoğlu*, Ahmet M.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, TBB, 2008, s. 77 vd.

dan kısa sözleşmelere mi uygulanmaktaydı da kanun böyle bir maddeye ihtiyaç duydu” şeklinde düşündürülen madde aslında, uzun süreli kira sözleşmelerinde, yenileme döneminden önceki dönemin ÜFE artış oranlarını değil, yenileme döneminden önceki yılın ÜFE artış oranlarının dikkate alınması gerektiğini anlatmaktadır.

Taraflar arasında kira bedelinin belirlenmesi konusunda bir anlaşma bulunmaması hâlinde ise TBK, yine geçmiş yılın ÜFE artış oranıyla sınırlı olarak ve kiralananın durumunu da göz önünde bulundurarak hâkime, hakkaniyete göre kira bedelini tespit yetkisi verilmiştir. TBK m. 344/2 ile, Yargıtay’ın hak ve nesafet ölçütü ile kiralananın durumuna göre tespit kuralları tekrarlanmıştır.

TBK m. 344/3 göre, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen sözleşmeler için ise, taraflar arasında bir anlaşma olup olmadığına bakılmaksızın kira bedeli ÜFE oranının yanısıra kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri oranı göz önünde tutularak belirlenir. Ancak sonraki belirleme yıllarında yine TBK m. 344/1 ve m. 344/2 hükümleri uygulanır. Bu düzenleme; Yargıtay’ın kira sözleşmesinde tarafların artış oranı belirlememiş olduğu hâllerde ve uzun süreli kira ilişkilerinde uyguladığı “3 yenileme dönemi TEFE oranlarına, sonraki dönemlerde hak ve nesafet ilkelerine göre belirleme” kuralına paralel şekilde kaleme alınmıştır. Ancak Yargıtay uygulamasından farklı olarak kural; “5 yenileme dönemi ÜFE ya da varsa tarafların belirledikleri oran (ÜFE oranını geçmemesi şartıyla) sonraki yenileme dönemi rayiç bedel ve sonrasındaki dönemlerde yine ÜFE ya da varsa tarafların belirledikleri oran” şeklindedir.

TBK’da, GKHK’na 4531 sayılı kanunla geçici 7. madde olarak eklenen; yabancı para ya da kıymetli maden üzerinden kira bedelinin belirlenmesi hâlinde kira bedelinin tespitine ilişkin hükümlere benzer şekilde bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bu düzenleme; kira bedelinin yabancı para üzerinden kararlaştırılmış olması hâlinde kira sözleşmesinin yapılmasının üzerinden beş yıl geçmedikçe kira bedelinde artış yapılamayacağını öngörmektedir. Beş yıldan sonra ise kira bedeli, yabancı paradaki değişiklikler; kiralananın durumu, ÜFE endekslerindeki artış oranı, emsal kira bedelleri ölçütleri göz önünde bulundurularak hakkaniyete göre arttırılabilecektir.⁴⁴

Kanun, GKHK’dan farklı olarak; yabancı para oranlarında meydana gelen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138 hükmünün uygulanmasını da saklı tutmuştur. Ancak kanun, altın gibi kıymetli maden üzerinden kira bedelinin kararlaştırılmış olması hâlini düzenlememiştir. Bu durumda, kira bedelinin yabancı madene endeksli olarak belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin bir tereddüt ortaya çıkmakta ise de, kanunda yasaklayıcı bir düzenleme olmadığına göre kıymetli madene endeksli olarak da kira sözleşmesinin yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Bu hâlde de kanaatimce, yabancı paraya ilişkin m. 344/4’ün kıyasen uygulanması mümkündür.

⁴⁴ ÜFE her ayın 3’ünde haber bülteni ile yayımlanmaktadır. Haber bülteni ve haber bülteninde yer alan detay bilgilere, TÜİK Başkanlığı web sayfası aracılığı (http://www.tuik.gov.tr) ile ulaşılabilmektedir. 2011 Kasım ayı için ÜFE’de, bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı TÜİK tarafından; % 13,67 olarak belirlenmiştir.

F) Kira Bedelinin Tespiti Davası

TBK, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davayı Yargıtay uygulamasında ve doktrin-
de benimsendiğinin aksine “kira tespit davası” olarak adlandırmaktan kaçınmış; Kira
Bedeli başlıklı bölümün üçüncü kısmında yer verilen davaya ilişkin hükümlerde dava
“kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava” olarak anılmıştır.

I) Davanın Açılması

Kira bedelinin tespiti için dava açma hakkı, GKHK zamanında tanınmıştır.⁴⁵ Her ne
kadar Yargıtay'ın 1966 yılına ait İBK'sında yalnızca kiralayanın dava hakkından bah-
sedilmişse de; GKHK'nun amaca uygun yorumlanması ile kiracının da kira bedelinin
tespiti için dava açma hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁶ TBK'da konuya
ilişkin bir açıklamla yapılmamış, kanunkoyucu; davanın her zaman açılabileceğini
söylemekle yetinmiştir. Dolayısıyla bu hâlde de hem kiracının hem de kiraya verenin
dava açma hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Kiralayan tarafından kiracıya karşı açılan kira bedelinin tespiti davasında kira-
layanın önceden bir ihtarda bulunması zorunlu değildir. Kiralayan, kiracıya karşı ihtar
göndermemiş olsa bile her zaman dava açabilecektir. Hem GKHK'nun uygulamasında
hem de TBK m. 345/1'de kiralayanın ihtarsız dava açmasına olanak tanınmıştır. An-
cak ihtar yapılmasına da hem Yargıtay uygulaması hem de TBK, birtakım sonuçlar
bağlamıştır.

Kanunkoyucu, kira sözleşmesinde kira artış bedeline ilişkin hüküm bulunan ve
bulunmayan sözleşmeler için farklı düzenlemeler getirmiştir. Kanunda yer alan düzen-
lemeleri bu ayrıma göre incelersek:

a. Kira sözleşmesinde yenilenen dönem için kira artışının kararlaştırılmamış olduğu sözleşmeler için:

1. Kiralayanın kira döneminin sona ermesi tarihinden en az otuz gün önce kiracıya
yeni dönem kira bedeli konusunda ihtarda bulunmuş olması hâlinde, kiralayan; yeni
kira döneminin sonuna kadar her zaman kira bedelinin tespiti için dava açabilecektir.

⁴⁵ GKHK'nun zamanında kira bedelinin tespiti davaları, AY Mahkemesinin iptal kararından sonra ortaya
çıkaran kanun boşluğunu doldurmak amacıyla Yargıtay içtihatları ile getirilmiş bir dava türüdür. Açıklama
için bkz. Yarg. HGK, 31.05.2006, 3-311/324 sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 20.11.2011).

⁴⁶ Son dönemde verilen bir Yargıtay kararında, kiracının kira bedelinin tespiti için açtığı dava “kira bede-
linin indirilmesi davası” olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay'a göre bu davanın, kira bedelinin tespitinde
görevli sulh hukuk mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekecektir. Yargıtay 13.
HD'nin 2443/8575 sayılı ve 14.06.2010 tarihli kararında: “Dava, kira süresi sonunda kiralayan tarafın-
dan açılmış bir kira tespit davası olmayıp, çevredeki ekonomik değişiklikler sonucu işgücü kaybı nedeniyle
kira bedelinin fahiş olduğu gerekçesiyle kiracı tarafından açılmış kira bedelinin indirilmesi davasıdır.
Davanın açıklanan bu niteliğine ve dava olunan değere göre davaya bakma görevi Asliye Hukuk Mahke-
mesine aittir. O halde mahkemece, tarafların delilleri toplanmalı ve hasil olacak sonuca uygun bir karar
verilmesi gerekir.” şeklinde hüküm kurulmuştur. (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 27.12.2011) Yargı-
tay'ın bu kararında, uyarılma davasından mı yoksa “kira bedelinin indirilmesi” adında yeni bir davadan
mı bahsettiği anlaşılmamakla birlikte, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle hiç şüphesiz ki kira ilişkilerinden
doğan tüm davalarda artık sulh hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

Bu kural, Yargıtay'ın 1966 yılına ait İBK'sında kabul etmiş olduğu ilkenin tekrarıdır. İhtar için kanunda öngörülen otuz günlük süreye biraz aşağıda incelenecektir.

2. Kiralayanın ihtarsız olarak dava açması hâlinde ise mahkemenin vereceği kira bedelinin tespitine ilişkin karar; davanın açılması tarihi ile kira döneminin sona ermesi tarihi arasında en az otuz günlük bir süre bulunması durumunda, yeni dönem için uygulanabilecektir. Daha açık bir ifadeyle, kiralayanın davayı ihtarsız olarak açması ihtimalinde, kararın yenilenen kira döneminde geçerli olabilmesi için davanın açılması tarihi ile yeni kira döneminin başlangıcı arasında en az otuz günlük bir süre bulunmalıdır. Aksi takdirde ne olacağı maddede söylenmemiş ise de, GKHK'nun uygulanması zamanında olduğu gibi mahkemenin kararının, ilk yenilenen kira dönemi için değil, bir sonraki yenilenen kira dönemi için geçerli olacağını kabul etmek gerekir.

Kanunkoyucu, TBK m. 345 hükmünü düzenlerken; "davanın açılması tarihi" ile sözleşmenin yenilenme dönemi arasındaki süreyi esas almıştır. GKHK'nun uygulanma zamanında tereddüte yer bırakmayacak şekilde, "dava dilekçesinin kiracıya tebliği tarihi" ile yenilenen kira dönemi arasındaki süre esas alınmışken kanunkoyucunun madde metninde davanın açılmasını esas alması, tereddüt uyandırmaktadır.⁴⁷ Ancak madde gerekçesinin incelenmesiyle, "davanın açılması" tabiri ile anlatılmak istenenin "dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği tarihi" olduğu anlaşılmaktadır.⁴⁸

TBK m. 345 hükmü ile Yargıtay uygulamasına getirilen değişiklik, Yargıtay'ın onbeş gün olarak belirlediği sürenin kanunda otuz gün olarak kabul edilmiş olmasıdır. Belirli süreli kira sözleşmelerinde kira sözleşmesinin bitiminden en az onbeş gün önce kiracının bildirimde bulunmaması hâlinde kira sözleşmesinin bir yıl süre ile uzayacağını düzenleyen GKHK m. 11, benzer şekliyle TBK m. 347'de yer almaktadır.

Kira bedelinin tespiti için ihtar gönderilmesi ya da dava dilekçesinin tebliği süresinin Yargıtay uygulamasında onbeş gün olarak esas alınmasının sebebi; GKHK'nun 11. maddesinde belirlenen yenileme koşuludur. TBK ile de korunan onbeş günlük bu süre ile kiralayanın ihtar ya da dava için uyması gereken onbeş günlük sürenin denk gelmesi, kiracının düşünme fırsatı bile bulamadan ya sözleşmeyi yenilemesi ya da sözleşmeyi yenilemeden tespit davasının tarafı olması sonucunu doğurmaktadır.⁴⁹ Bu sebeplerle kanunkoyucunun, kiralayanın kira bedeli için yapacağı ihtar, yenilenme

⁴⁷ Keza, davanın açılması tarihi ile dava dilekçesinin tebliği tarihi birbirinden farklı kavramlardır. HMK m.118'e göre dava, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kayıt tarihinde açılmış sayılır. Dava dilekçesinin tebliği, davanın açılma zamanını değil; cevap dilekçesinin verilmesi için sürenin başlama tarihini belirleyen unsurdur. Davanın açılma zamanına ilişkin açıklama için ayrıca bkz. *Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz*, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2011, s. 302.

⁴⁸ Madde gerekçesi için bkz. TBK Tasarısı, Adalet Komisyonu Raporu, s. 154.

⁴⁹ Dava dilekçesinin yenileme döneminden önceki onbeşinci gün kiracıya tebliğ edilmiş olduğu varsayımında; kiracı o gün içerisinde yeni dönem kira bedeli hakkında fikir sahibi olur olmaz, hiçbir araştırma yapmaksızın ya kira sözleşmesinin devamını istemediğini bildirecek ya da sözleşmenin devamını istediği hâlde bir dava ile karşı karşıya kalacaktır. Onbeş günden önce kiracının kiralanam tahliye edeceğini bildirmesi ve kiralayanın da bu bildirimden önce kira bedelinin tespiti davası açmış olması ihtimalinde, kira bedelinin tespiti davası konusuz kalacaktır. Bu nedenle doktrinde bir görüş, kira bedelinin tespiti davasının kira sözleşmesinin yenilenmesinden ya da kiracının yapacağı yenilemeye ilişkin bildirim süresinin sona ermesinden sonra açılmasını tavsiye etmektedir. Açıklama için bkz. *Kuru, Baki/ Budak, Ali Cem: Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 104.

döneminden en az otuz gün önceyle sınırlamış olması yerinde bir düzenlemedir.⁵⁰ TBK ile getirilen bu otuz günlük süre ile kiracı, kira bedeli için kiralayan tarafından talep edilen artış karşısında sözleşmeyi yenilemek isteyip istemediği hususunda en az onbeş gün düşünüp; buna göre karar verebilecektir.

Ancak kiralayan daha önce bir ihtarda bulunmaksızın, tespit davasını yenilenme döneminden en az otuz gün önce açarsa ve kiracı, kira sözleşmesinin yenilenmesini istemediği bildiriminde bulunursa; yine kira bedelinin tespiti davası konusuz kalacaktır.

b. Kira sözleşmesinde yenilenen dönem için kira artışının kararlaştırılmış olduğu sözleşmeler için:

Sözleşmede kira bedelinin artış oranına ilişkin bir hüküm bulunması durumunda kiralayan, kiracıya ihtar göndermesine gerek olmadan yenilenen kira dönemi sonuna kadar her zaman davayı açabilecektir. Bu sonuç, kiracı ve kiralayanın başlangıçta kira bedelinin artışı konusunda ortak bir irade sağlamış olmalarından kaynaklanmaktadır.

Kiralayanın, yenilenen kira dönemi sonuna kadar açacağı davada verilecek hüküm; yenilenen dönemin başlangıcından itibaren geçerli olacaktır.

c. Kira bedelinin tespiti davasında görevli ve yetkili mahkeme:

HMK ile getirilen değişiklikler doğrultusunda, artık dava konusunun değerine bakılmaksızın görevli mahkeme belirlenecektir. HMK m. 4'te, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri arasında kira sözleşmelerinden doğan bütün uyuşmazlıklar sayılmış olduğuna göre; kira bedelinin tespiti davasında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir.⁵¹

Yetkili mahkeme açısından ise, kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık söz konusu olduğu için HMK m. 10 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda genel yetki kuralına ek olarak sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de davanın açılması mümkündür. HMK m. 10, HUMK m. 10'dan farklı olarak; sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisini kabul etmemiştir.⁵² Dolayısıyla kira bedelinin tespiti davasında yetkili mahkeme; davalının

⁵⁰ Yargıtay'ın benimsediği onbeş günlük ihtar ya da dava açma süresi, haklı olarak doktrinde eleştirilmektedir; GKHK m. 11 gereği onbeş günlük yenileme dönemi ile denk gelen sürenin; kiracının düşünebilmesine imkân tanıyacak şekilde onbeş günden fazla süre önce ihtar gönderilmesi ya da dava açılması kabul edilmektedir. Bu onbeş günden önceki fazla sürenin takdirini ise hâkim yapacaktır. Açıklamalar için bkz. *Arpacı*, s. 52.

⁵¹ Kanunun ilk uygulama yılları içerisinde tartışılan; mahkemenin görevinin aylık kira bedeline mi yoksa yıllık kira bedeline göre mi belirleneceği hususu, Yargıtay'ın 07.07.1965 tarihli ve 5/5 sayılı İBK'da; aylık kira bedeline göre tespit kuralı benimsenerek çözüme bağlanmıştır. Bununla birlikte 30.04.1973 tarihli ve 1711 sayılı kanunun HUMK'ta yaptığı değişiklikle; HUMK m. 8/II-1 hükmü getirilerek sorun tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bu düzenlemeye göre, kira bedelinin tespiti davası dava konusunun değerine bakılmaksızın sulh hukuk mahkemesinin görev alanı içerisinde sayılmıştır. Karş. HUMK m. 8/II-1 ve HMK m. 4.

⁵² HUMK'un yürürlükte bulunduğu tarihte Yargıtay, kira tespit davalarında yetkili mahkemenin sözleşmenin yapıldığı yer ya da sözleşmenin ifa edileceği yer olduğunu ve tarafların sözleşme ile yetkili mahkemeyi belirleyebileceklerini kabul etmiştir. Bkz. Yarg. 3.HD, 2057/2699 sayılı ve 21.03.2002 tarihli *YUHFD Vol. VIII No. 2 (2011) - YUHFD Vol. IX No. 1 (2012)*

yerleşim yeri ya da sözleşmenin ifa yeri mahkemesidir. Taraflar, sözleşmenin ifa yeri ile ilgili özel bir hüküm kararlaştırmamışlarsa; BK m. 73 hükmü gereği ortada götürülecek nitelikte bir para borcu söz konusu olduğu için sözleşmesinin ifa yeri mahkemesi olarak kiralayanın yerleşim yeri mahkemesi davaya bakmakla yetkili olacaktır.⁵³

Yetki sözleşmeleri açısından ise, HMK m. 17 gereği; kira sözleşmesinin taraflarının her ikisi de tacir ya da kamu tüzel kişisi değilse, kira sözleşmesine eklenen ya da ayrıca yapılan yetki sözleşmeleri geçerli olmayacaktır. Ancak geçerli şekilde yapılmış bir yetki sözleşmesi mevcutsa; yetki sözleşmesinde belirlenen yer mahkemesi; taraflar aksine bir düzenleme öngörmemişlerse, yetkili tek mahkeme olacaktır.⁵⁴

d. Yenilenen dönem kira bedeli ile önceki dönem kira bedeli arasındaki farka faiz yürütülmesi:

Kira bedelinin mahkeme tarafından tespit edilmesi sonucunda önceki dönem kira bedeli ile yeni dönem kira bedeli arasında oluşan fark için kiralayanın faiz isteyip istemeyeceği ve faiz istenebilecek ise bu faizin ne zamandan itibaren işleyeceği de doktrinde ve Yargıtay uygulamasında tartışılan bir konudur. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kabulü, yenilenen kira döneminin başlangıcından itibaren; iki kira bedeli arasındaki fark için faizin işleyeceği şeklindedir.

Doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız bir görüş ise, kiracının yenilenen kira dönemi ile ödeyeceği farkı bilmesi mümkün değildir. Keza, iki kira bedeli arasındaki fark ancak mahkemenin kira bedelini tespiti üzerine kararın kesinleşmesiyle tam olarak ortaya çıkar. Bu nedenle de ödemesi gereken miktarı bile bilmeyen kiracıyı, hükmün kesinleşmesinden önceki dönem için mütemerrit saymak mümkün değildir.⁵⁵

Yeni TBK da, GKHK döneminde tartışılan faiz konusuna ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Ancak yukarıda saydığımız gerekçelerle kiracıyı, hükmün kesinleşmesinden sonra ödenmeyen fark için faiz borcundan sorumlu tutmak gerekir.

kararı ile Yarg. 3.HD, 4072/4814 sayılı ve 25.04.2002 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 27.12.2011). Ancak bu noktada, HMK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olmayacağı gibi; sözleşme taraflarının her ikisinin de tacir ya da kamu tüzel kişisi olmamaları hâlinde yetki sözleşmesi yapılamayacağını belirtmek isteriz.

⁵³ Nitekim, kira bedelinin tahsiline ilişkin bir davada Yargıtay; "Kural olarak her dava davalının ikametgah mahkemesinde açılır ise de, HUMK'nın 10. maddesi hükmü uyarınca kira alacağı davaları akdin icra olunacağı yerde açılacağı gibi, BK'nın 73. maddesi gereğince kira borcu kiralayana götürülerek ödenen borçlardan olduğundan davacının ikametgah mahkemesinde de açılabilir." şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yarg. 6. HD, 9297/12258 sayılı ve 10.11.2008 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Programı, erişim: 27.12.2011). Kanaatimce; kira bedelinin tahsili için açılan davada olduğu gibi kira bedelinin tespiti davasında da kiralayanın yerleşim yerinde davanın açılacağı prensibinin kabulü gerekir.

⁵⁴ Bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, HMK'da açık bir düzenleme bulunmama ile birlikte doktrinde bir kısım yazar, önceki tarihli yetki sözleşmelerinin dahi artık geçersiz olacağını savunmaktadır. Bu nedenle, kira sözleşmesi 01.10.2011 tarihinden önce yapılmış ve yetki hükmü içermekte ise; bu hükmün geçersiz sayılabilmesi bu görüşün kabulü hâlinde mümkündür.

⁵⁵ Bu hâlde kiracı, hüküm kesinleşmiş olmasına rağmen hâla eski kira bedelini ödemesi ya da belirlenen farkı ödeme borcunda temerrüde düşmesi hâllerinde faizden sorumlu tutulmalı, ancak var olan bir mahkeme kararı karşısında kiracıya ayrıca bir ihtar gönderilmesine de gerek olmamalıdır. Anılan görüş ve açıklamalar için bkz. *Arpacı*, s. 53 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

II) Davanın Niteliği

Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin olarak açılan davaların hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazara göre kira tespit davası adını taşısa da bu davalar sonucu verilen hüküm inşai nitelikte olduğundan davanın tespit davası olarak nitelendirilmesi doğru değildir.⁵⁶ Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüş, inşai davadan bahsedebilmek için bunun kanunda öngörülmesi gerektiği ve hâkimin bu dava ile yaptığı işin mevcut olanı tespit etmek olduğu gerekçeleri ile bu davaların tespit davası niteliğinde olduğunu savunmaktadır.⁵⁷

G) SONUÇ

GKHK'nun, kiracıyı koruyan düzenlemelerinin TBK'ya da alınmış olması birçok açıdan değerlendirilebilir. Her şeyden önce artık, Yargıtay tarafından yaratılan bir hukuk dalı yerine kanun tarafından belirlenen kurallarla sözleşme serbestisine birtakım istisnalar getirildiği için; bu düzenlemeler genel itibarıyla isabetlidir.

Diğer bir açıdan bakıldığında ise, yaşanan özel koşullar nedeniyle ve o dönem için hazırlanmış bir kanunun; gelişen ekonomik yapı ve olanaklar karşısında hala geçerliliğini koruması kanaatimce çok isabetli değildir. Keza, II. Dünya Savaşının getirdiği ekonomik krizin etkileri artık ortadan kalkmıştır. Her ne kadar Türkiye'nin ekonomik istikrarının hala tam olarak sağlanmadığı kabul edilebilirse de bu hâlde bir süre daha geçici düzenlemelerin uygulanmasına devam edilmesi, kanunun amacına daha uygun düşecektir. Aksi takdirde Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunda bu düzenlemelerin yer alması hatta ve hatta borçlu lehine yorum ilkesinin ötesinde bir yaklaşımla kiralayan aleyhine yorum ilkesinin yaratılması kira sözleşmesini çok farklı bir yapı hâline getirecektir. Hizmet sözleşmelerinde dahi, insan gücü gibi bir değer bazı hâllerde koruma dışı bırakılabilirken; karşılıklı fedakarlık içeren kira sözleşmesinde kiralayanın mülk sahibi olmasını adeta cezalandırmak kanaatimce yerinde bir tutum değildir.

Kanunkoyucunun kamu düzeni mülahazasıyla sözleşme serbestisini sınırlaması mümkün olmakla birlikte; kira sözleşmeleri açısından kamu düzenini ilgilendiren bir korumaya artık ihtiyaç kalmamıştır. TBK'nın özellikle 346. maddesi, borcunu ifa etmeyen kiracıyı adeta ödüllendirmektedir. Kanunun, kira sözleşmesine muacceliyet kaydı konulmasını yasaklaması haklı görülebilirse de; "kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulunun ödeneceğine..." şeklinde özellikle bir belirtmeyle cezai şartın yasaklanması aşırı korumacılık niteliğindedir. Bu koruma ile kiracı adeta hem suçlu hem güçlü konumuna getirilmiş; çoğu zaman kiralayanın da tek gelir kaynağının kiracıdan aldığı kira bedelinin olduğu göz ardı edilmiştir.

⁵⁶ Bkz. *Pekcanitez*, Hakan/ *Atalay*, Oğuz/ *Özokes*, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011 s. 303; *Topuz/Topuz*, s. 86 vd.

⁵⁷ Bkz. *Kuru/Budak*, s. 106; Bu görüşe göre, kanunda açıkça tespit davası olarak düzenlenen davalar için ayrıca hukuki yarar ve hukuki ilişki şartlarını incelemeye gerek yoktur. Ancak Yargıtay'ında uygulamada kabul ettiği üzere, uzun süreli kira sözleşmelerinde tespit davasının yenileme döneminden çok önce açılmış olması gibi bir durumda da tespit davası için aranan hukuki yarar şartının gerçekleşmediğini kabul etmek gerekir. Açıklama için bkz. *Kuru/Yılmaz/Arslan*, s. 274.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DİE	: Devlet İstatistik Enstitüsü
DN	: Dipnot
GKHK	: 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
Karş.	: Karşılaştırmamız
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
MKK	: 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu
MK	: Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TEFE	: Toptan Eşya Fiyatları Endeksi
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
TÜFE	: Tüketici Fiyatları (Genel) Endeksi
ÜFE	: Üretici Fiyatları Endeksi
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YDD	: Yasa Dünyası Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
vd.	: ve devam

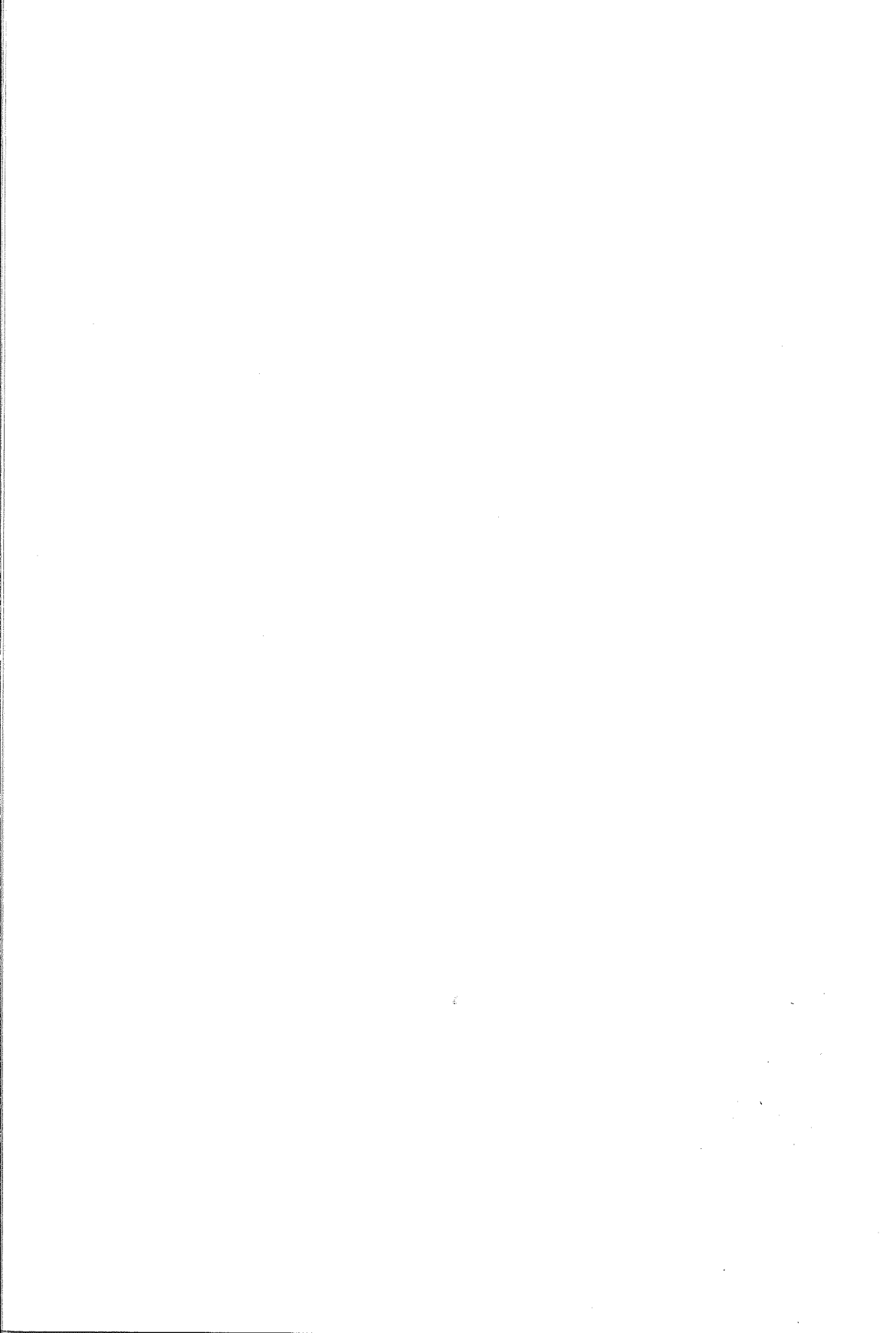
KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler**

AKINCI, Şahin: İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, AÜHFD, Y. 2008.

ALTAŞ, Hüseyin: Kira Parası Artışlarının Sınırlanması, AÜHFD, C. 49, S. 1, 2000.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

- ARAL**, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003.
- ARPACI**, Abdülkadir: Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2002.
- BAŞARAN**, Ece: Borçlar Kanunu Tasarısı Türk Kira Hukukunun İkili Yapısının Sonu Mu?, THD, S. 38, Y. 4, 2009.
- CAMCI**, Ömer: Taşınmaz Kirasında Uyarılma Davaları, İstanbul 1997.
- ERTÜRK**, Erkan: Uygulamada Kira Tespiti ve Uyarılma Davaları, Ankara 2005.
- GÖKÇE**, Erdoğan: Kira Hukukunda Özel Kurallar, İBD, C. 80, S.1, 2000.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- KAPLAN**, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Tahliye, Kira Tesbiti ve Uyarılma Davaları, Ankara 1996.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Türkiye Barolar Birliği, 2008.
- KURU**, Baki/ **BUDAK**, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, 2010.
- KURU**, Baki/ **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara 2011.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- PEKCANITEZ**, Hakan: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011.
- PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.
- REİSOĞLU**, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, İstanbul 2008.
- TOKMAK**, Tuğçe: Kira Bedelinin Tespiti, YUHFD, C. VI, S.1, 2009.
- TOPUZ**, Seçkin/ **TOPUZ**, Gökçen: Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği, ABD, Y. 66, S. 2, 2008.
- TUNABOYLU**, Müslim: Kira Hukuku – Tahliye, Uyarılma, Tesbit, Alacak Davaları, C.2, Ankara 2005.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: Yargıtay Kararları Açısından Kira Parasının Tayini Mes'elesi, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968.
- YAVUZ**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2011.
- YAVUZ**, Nihat: Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişmelerin Sistematiik Açıklaması (I), (II), (III), Yargıtay Dergisi, S. 1 - 2, 1988.
- YAVUZ**, Nihat: Öğretide ve Uygulamada Uyarılma Davaları, Ankara 2007.
- ZEVKLİLER**, Aydın: Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2008.



**KAT MALİKELERİ VE DENETÇİ VEYA DENETİM KURULU
ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ**
(LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN CONDOMINIUM OWNERS AND AUDITOR OR
BOARD OF AUDITORS)

Araş. Gör. / Res. Asst. Eda ERDEM*

ÖZET

Çalışmamızda genel olarak kat mülkiyeti kavramına, kat mülkiyetinin işleyişini sağlayan organların nasıl bir hukuki niteliğe sahip olduğuna, Kat Mülkiyeti Kanunu'na 2009 yılında getirilen başlıca yeniliklere ve buna rağmen uygulamada rastlanan aksaklıklara değinilmiştir. İncelememizin esas bölümünü ise yöneticiyi denetlemek için kat malikleri arasından seçilmiş olan denetçi veya denetim kurulunun görevleri, görevlerini yerine getiriş şekilleri ve kat malikleri ile aralarında bulunan hukuki ilişki oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Denetçi, denetim kurulu, yönetim kurulu, kat mülkiyeti, kat malikleri, Kat Mülkiyeti Kanunu, yönetim planı, ortak yerler.

ABSTRACT

This essay discusses generally "condominium ownership", legal status of the condominium ownership organs, amendments to the Condominium Ownership Act in 2009 and problems encountered in practice after these amendments. The paper aims to explain the functions of the auditor (or board of auditors) and the legal relationship between condominium owners and the auditor (or board of auditors).

Keywords: Auditor, board of auditors, board of managers, condominium ownership, condominium owners, Condominium Ownership Act, management plan, places for common usage.

GİRİŞ

23.06.1965 tarihinde kabul edilen 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, 12038 sayılı ve 02.07.1965 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 02.01.1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹. Yürürlüğe girdiği tarihinden itibaren, birçok kez değişikliğe uğrayan bu Kanunun amacı, aralarında iradi olarak hukuki ilişki bulunmayan, ancak bir yapının

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

¹ 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun metni için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/385.html> (Çevrimiçi, 13.10.2011).

bağımsız bölümleri üzerinde malik olarak² yaşamayı tercih ederek, birtakım yükümlülük ve sorumlulukların altına giren özel ya da tüzel kişilerin arasındaki hukuki ilişkileri düzenlemektir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılan değişikliklere rağmen, bu alandaki hukuksal problemlerin bittiği ya da azaldığını söylemek, iyimser bir bakış açısı olarak algılanabilir. Aslında, gerçek, bunun tam tersidir. Arpacı'nın deyişiyle, "birlikte yaşama ve paylaşma yasası" olarak algılanması gereken 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun içtihatlarla ve doktrindeki eserlere rağmen, bu hükümlere asıl ihtiyaç duyan kişiler olan kat maliklerinin ihtiyaçlarına cevap veremediğini görmekteyiz³.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılan en önemli değişiklikler ise, 14.11.2007 tarihli ve 5711 sayılı Kanun'la toplu yapılara ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesi ve bu düzenlemelerin 2009 tarihli ve 5912 sayılı Kanunla değişikliğe uğramalarıdır.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasında görülen problemlerden biri de, kat malikleri kurulunun işleyişinde görev alanların denetlenmesi sorunudur. Kat malikleri kurulunun yöneticiyi denetleyeceği esas olsa da, denetçi adı verilen ve kat malikleri kurulunun üyeleri arasından seçilen kişinin de kanun tarafından kendisine yüklenen görevleri ifa ederken, kat malikleri ile arasında bağımsız bir ilişki bulunur. Bu ilişkinin hukuksal niteliği, çalışmamızın konusudur.

Çalışmamızın ilk bölümünde, Kat Mülkiyeti ve hukuki niteliği üzerinde durulacak olup, daha sonra kat malikleri kurulunun üyelerinden yönetici hakkında bilgi verilecek ve son olarak denetçi ve denetçinin kat malikleri ile arasındaki hukuki ilişki incelenecektir. Bu ilişki özellikli bir vekâlet⁴ ilişkisi olup, diğer iş görme sözleşmelerinden ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan genel vekâlet ilişkisinden arz ettiği farklılıklar üzerinde, sunumun son bölümünde durulacaktır.

Ş KAT MÜLKİYETİ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ VE PAYLI MÜLKİYET KAVRAMINA NAZARAN ARZETTİĞİ ÖZELLİKLER

I. KAT MÜLKİYETİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. KLASİK ANLAMDA KAT MÜLKİYETİ KAVRAMI VE 5711 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN "TOPLU YAPI" KAVRAMI

Kat mülkiyeti kavramının hukuki tanımına yukarıda yer vermiştik⁵. Kat mülkiyetini incelerken Eşya Hukuku prensiplerini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Eşya Hukuku'nda muayyenlik(belirlilik) ilkesi, aynı hakların ancak içinde bulunulan bütünden ayrılabilen ve sınırları belirli olan şeyler üzerinde iktisap edilebileceğine

² Kat mülkiyeti, bir yapının bağımsız bölümleri üzerindeki mülkiyet; arsa payı ve ana gayrimenkul ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet hakkı olarak tanımlanmıştır. YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001, Yetkin Basımevi, Genişletilmiş Altıncı Baskı, s. 486.

³ ARPACI, Abdülkadir, *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması*, İstanbul 2002, Temel Yayınları, Altıncı Baskı, s. 11.

⁴ Sunumumuzun ileri aşamalarında da bahsedileceği üzere, kat malikleri ve denetçi arasındaki ilişki, yöneticinin olduğu gibi, vekâlet hükümleri uygulanan bir sorumluluktur. ARPACI, *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması*, s. 165.

⁵ Bkz. 2 nolu dipnot.

ilişkin bir ilkedir⁶. Kat mülkiyeti kavramının, bu prensibin bir istisnası olduğu söylenebilir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda ise, kat mülkiyeti kavramı, kanunun birinci maddesinde “tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde bağımsız mülkiyet hakları” olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde, kanunun 2. maddesine göre kat mülkiyeti, bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet olarak ifade edilmiştir. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere, kat mülkiyeti sadece katlar üzerinde kullanılan mülkiyet hakkını değil, aynı zamanda herhangi bir kattaki daireler, mağazalar, depolar gibi bağımsız bölümler üzerindeki müstakil mülkiyet haklarını da kapsayacak şekilde geniş ifade edilmiştir. Kanunun 3. maddesindeki tanımlara bakacak olursak, kat mülkiyeti kavramı arsa payı ve taşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet hakkıdır⁷.

Kat Mülkiyetini genel olarak tanımlayacak olursak, bir ana taşınmaz üzerindeki inşa edilmiş bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümlerinin her birinin ayrı bir taşınmaz mal olarak tapu siciline tescil etmek suretiyle oluşan ve ana taşınmaza bağlı bir mülkiyet türüdür.

Giriş bölümünde, Kat Mülkiyeti Kanunu'na 2007 ve 2009 yılında yapılan değişikliklerle, toplu yapılara ilişkin hükümlerin getirildiğinden bahsetmiştik. Bu değişikliklerin ardından, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 66. maddesine göre, toplu yapı, bir ve birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder. KMK'daki yeni hükümler neticesinde, toplu yapı, tek parselde toplu yapı ve komşu parselde toplu yapı olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur⁸.

Tek parsel toplu yapılarda, tek parselde bulunan ve birden fazla bağımsız bölüme tek bir anayapı içermektedir. Bu tanımda önemli olan husus, parselde dağılmış birden fazla bağımsız bölümlü yapıların bulunması zorunluluğudur⁹. Komşu parsel toplu yapılarda ise, Kanun koyucu, toplu yapıya konu taşınmazların birbirine bitişik veya komşu imar parseli niteliğinde olmasını ve burada bulunan yapıların bir yerleşim planına göre yapılması zorunluluğunu aramaktadır¹⁰.

B. KAT MÜLKİYETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kat Mülkiyetinin hukuki niteliği, kanunun 3. maddesinde tanımlanmış olup buna göre; “kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.” Buna göre, kat mülkiyetinin kurulmasıyla müstakil mülkiyete konu olan

⁶ OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2006, Filiz Kitabevi, 11. Bası, s. 21 - ÜNAL, Mehmet, *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara 1994, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2. Bası, s. 54.

⁷ OĞUZMAN - SELİÇİ - OKTAY ÖZDEMİR - age s.477 - TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Kat Mülkiyeti*, İstanbul 1991, Filiz Kitabevi, s. 8.

⁸ ŞENGÜL, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, İstanbul 2011, Oniki levha Yayıncılık, s. 51.

⁹ ŞENGÜL, age, s. 51.

¹⁰ ŞENGÜL, age, s. 56.

her bağımsız bölüm (dükkan, daire) kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilir ve ayrı bir gayrimenkul niteliği kazanır; müstakilen devredilebilir, rehnedilebilir.

Kat Mülkiyeti Kanunu, eşyaya bağlı bir paylı mülkiyet düzeni kurmuş olup, bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkına kim sahipse, arsa payına ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyetine ve eklentilerine de o sahip olmaktadır.

C. KAT MÜLKİYETİNİN PAYLI MÜLKİYETE NAZARAN ARZ ETTİĞİ ÖZELLİKLER

Paylı Mülkiyet Kavramı, Medeni Kanun'un 688. maddesinde "*Paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*" ifadesi ile tanımlanmıştır. Paylı mülkiyette mülkiyet hakkının, gerçek anlamda değil fakat farazi olarak bölündüğü kabul edilmektedir. Bu hususta KMK md. 16/1 hükmü, kat maliklerinin ortak yerler üzerinde kendi arsa payları oranında olmak şartıyla, müşterek mülkiyet hükümlerine göre malik olduklarını belirtmektedir. Yine KMK Md.16/2'de ortak yerlerle ilgili kullanım hakkının, aksine sözleşme olmadıkça arsa payı ile oranlı olması düzenlenmiştir¹¹.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun özelliği itibariyle, malikler arasında paylı bir mülkiyet ilişkisinin varlığını kabul ettiği görülmektedir¹². Özellikle, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda belirtilen bağımsız bölümlerden her birinin tavanı, tabanı ve duvarları gibi ortak alanları üzerinde, kat maliklerinin tek başına mülkiyet hakkı yoktur. Bunlar, bütün kat maliklerinin birlikte ve paylı mülkiyetlerine konu olan ortak yerleridir. Dolayısıyla, bir taşınmaz üzerinde belli bir mülkiyet payına sahip olunmadan bağımsız bir bölümün sahibi olunması mümkün değildir. Bağımsız bölümler, ancak mülkiyet paylarıyla birlikte devir ve iktisap olunur.

D. KAT MALİKLERİNİN, KAT MÜLKİYETİ İLİŞKİSİNDEKİ KONUMU

Kat malikleri, KMK md. 2/a'da ifade edilmiş olup, ilgili fıkranın son cümlesinde söz konusu kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlere sahip olan kişiler olarak tanımlanmıştır. Kat maliklerinin hakları, KMK md. 15'de "*her kat maliki bağımsız bölümü üzerinde münhasır mülkiyete sahip olup Medeni Kanunun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere haizdir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Kat maliki, bağımsız bölümler üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahiptir. Kat maliklerinin borçları ve sorumlulukları ise KMK md. 18 ve devamında düzenlenmiştir.

¹¹ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Medeni Kanunu'nda Müsterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, İstanbul 1990, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 54.

¹² TEKİNAY, age s. 7.

II. KAT MÜLKİYETİNDE YÖNETİM ORGANLARI

A. KAT MALİKLERİ KURULU VE KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

aa. Genel olarak kat malikleri kurulu¹³

Kat malikleri kurulu, "Ana Gayrimenkulün Yönetimi" başlığı altında KMK. md. 27 ve devamında düzenlenmiştir. Bu madde ve devamına göre, ana gayrimenkulü yönetmek yetkisi esas olarak kat malikleri kuruluna verilmiştir. Kat malikleri kurulu, kat mülkiyetine konu her bir bağımsız bölüm sahibi malikler tarafından oluşur. Yine aynı şekilde, yönetim şekli de kat malikleri kurulu tarafından belirlenecektir¹⁴. Fakat kanun koyucu burada yönetim şeklinin belirlenirken, kanunların emredici hükümlerinin göz ardı edilemeyeceğini düzenlemiştir. KMK md. 32/3'de ise "ana gayrimenkulün kullanılmasından veya yönetiminden dolayı kat malikleri arasında veya bunlarla yönetici ve denetçiler arasında çıkan anlaşmazlıklar da kat malikleri kurulu tarafından halledilir ve karara bağlanır." ifadesi yer alır. Örneğin, bir malik, çıkan anlaşmazlıkla ilgili olarak, öncelikle kat malikleri kuruluna değil, mahkemeye başvurması halinde, bu bir davanın reddi sebebi olarak anlaşılabilir mi? Yargıtay, bu konudaki kararlarında, çıkan anlaşmazlığın öncelikle kat malikleri kurulu tarafından çözümlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Nitekim, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 21.06.1993 tarihli ve 6376/8028 nolu kararında; "...Davacı böyle bir yöntemle başvurmadan doğrudan doğruya çatı inşasına başlamış ve ruhsatsız olan inşaatın durdurulması üzerine bu davayı açmış bulunmaktadır. Davacının doğrudan doğruya böyle bir inşaat yapmaya hakkı olmadığı ve kat malikleri kuruluna da başvurmadığı için koşulları gerçekleşmeyen davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." şeklinde hüküm kurmuştur¹⁵.

Kat malikleri kurulu, ana gayrimenkuldeki bağımsız bölüm maliklerinden oluşmaktadır. Bağımsız bölümün değeri ve ona bağlı arsa payının miktarı ne olursa olsun, kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfa işgal eden her bir bağımsız bölüm sahibi, kat malikleri kuruluna katılır¹⁶.

Her kat maliki, kurulda arsa payı oranına bakılmaksızın bir tek oy hakkına sahiptir. Bir bağımsız bölümde birden fazla malik olduğu takdirde, kat malikleri kuruluna diğerlerini de temsilen ortak maliklerden yalnız biri katılabilir. Bir kimse aynı gayrimenkulde birden fazla bağımsız bölüme sahip olduğu takdirde, her bir bağımsız bölüm için ayrı oy hakkına sahip olur. Ancak malik olduğu bağımsız bölüm miktarı ne olursa olsun bir kimsenin kat malikleri kurulunda sahip olabileceği oy sayısı, bütün

¹³ "Genel olarak kat malikleri kurulu" başlığı altında 5711 sayılı Kanundan önce ve klasik anlamda kat malikleri kurulu inceleneyecektir. Bu aşamada, kat malikleri kurulu hakkında bilgi verilirken, bir sonraki aşamada 5711 sayılı Kanunla gelen "toplu yapı" kavramına paralel olarak toplu yapılardaki kat malikleri kurulları hakkında bilgi verilecektir. Toplu yapılardaki kat malikleri kurulları hakkında bilgi verilirken ise, klasik anlamdaki kat malikleri kurulundan farklı üzerinde durulacak ve bütün kat malikleri kurulları için geçerli olan hususlar üzerinde tekrar durulmayacaktır.

¹⁴ Belirtmek gerekir ki, malik sayısının ikiden fazla olmadığı ya da bağımsız bölüm sayısı ikiden fazla olmadığı durumlarda, kat malikleri kurulunun oluşturulması mümkün olmayacaktır. ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, İstanbul 1984, Bedir Yayınevi, s. 87.

¹⁵ www.kazanci.com.tr

¹⁶ REİSOĞLU, Safa, *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, Ankara 1969, Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 3. Basi, s. 125.

oyların üçte birinden fazla olamaz. Kat malikleri kuruluna bizzat katılmak mecburi olmamasıyla birlikte, üçüncü bir şahıs veya diğer bir kat maliki vekil tayin edilebilir.

Kat malikleri kurulunun ne zaman toplanacağı meselesi ise KMK md. 29'da düzenlenmiştir. Buna göre kat malikleri kurulunun ne zaman toplanacağı, yönetim planında kararlaştırılır. Yönetim planında toplanma zamanı gösterilmemişse, kurul her takvim yılının ilk ayı içinde yani ocak ayında toplanır. Kat malikleri kurulunun olağan toplantıya çağırılması biçimi, ilgili yasada belirlenmemiş olduğu halde, olağanüstü toplantıya çağırılma biçimi KMK md. 29/2'de düzenlenmiştir. Toplantının zamanı ve çağırılma biçimi yönetim planında belirlenmiş ise buna uyulmak zorundadır.

Bütün kat malikleri, yöneticiler, denetçiler, kat malikleri kurulunun kararlarına uymakla yükümlüdür. Bu kararların iptali hakkında, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 14.11.2007 tarihli ve 5711 sayılı kanunla değişik 33.maddesinde "*Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32 nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz. Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, anagayrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hakim müdahalesini isteyebilir.*" şeklinde yer alan hüküm uygulanır. Görüldüğü gibi, kanun maddesi, görevli ve yetkili mahkemeyi de açıkça ifade etmiştir¹⁷. İptal ettirilmediği sürece bu kararlara uyulması zorunludur. Bu hususta Yargıtay'ın görüşü de, aksine hüküm olmadığı takdirde bütün kat malikleri ile yönetici ve denetçilerin kat malikleri kurul kararlarına uymakla yükümlü oldukları yönündedir¹⁸.

bb. Toplu yapılarda kat malikleri kurulu¹⁹

aaa. Blok kat malikleri kurulu

Blok kat malikleri olarak adlandırılan kurul, ortak yer ve tesislerin niteliğinden ve özgülmesinden dolayı hukukumuzda yer almaktadır²⁰. Kanunun 4. maddesine göre, ortak yerlerden anlaşılması gereken;

¹⁷ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 8. Maddesinde, parasal sınıra bakılmaksızın sulh mahkemesinin görev alanına giren ya da sulh hakiminin görevlendirildiği davalar belirtilmiş olup, açıkça Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. Maddesinin bu kapsama girdiği belirtilmese de, maddenin son fıkrasında, diğer kanunlar tarafından sulh mahkemesinin görev alanına giren davalar ifadesi yer aldığından, 33. Maddeyi de HUMK m.8 kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 4. Maddesinde de aynı ifade yer almıştır.

¹⁸ Yargıtay 18. HD. 2005/3277 E. 2005/4371 K. 28.04.2005 T.

¹⁹ Kat maliklerinin sadece kendi alanlarındaki ortak yerle ilgili yönetime başka kat maliklerinin de müdahale etmesinin ve ayrı blok ve parselde yer aşan yerlerin masraflarına katılmak zorunda bırakılan kat maliklerinin haklarına zarar gelmemesi amacıyla kanun koyucu KMK'nın 69. maddesine eklediği hükümlerle, toplu yapılarda da ayrı ayrı kat malikleri kurulları kurulmasını öngörmüştür. Bkz. ŞENGÜL, age, s. 408.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

“Ortak yerlerin konusu sözleşme ile belirtilebilir. Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu Kanun gereğince her halde ortak yer sayılır.

a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar,” bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lâvabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar,

b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler; sıcak ve soğuk hava tesisleri,

c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri,

Yukarıda sayılanların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (Ortak yer) konusuna girer.” hususlarıdır. Bu yerlerin yönetimi de blok kat malikleri kurulu tarafından icra edilecektir²¹.

Blok kat malikleri kurulunun zorunlu olup olmadığı meselesine gelince ise, klasik anlamda kat malikleri kurulunun hem karar hem de yönetim kurulu olduğu gerçeğinden yola çıkarak, bu kurulun mevcudiyetinin zorunlu olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca, kat malikleri kurulunun, yönetim ve karar yetkisini toplu yapıların aksine bir üst kurulla paylaşmadığını da göz önüne alarak, bu sistemde bir kat malikleri kurulunun bulunması zorunluluğu daha net bir şekilde açıklanabilir. Blok kat malikleri kurulunda ise daha farklı düşünülebilir. Niteliği itibarıyla bu tip yapılarda, farklı üst kurulların varlığının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, yönetim planında bloklara yönetici atanmasının öngörüldüğü ve bu yöneticilerin toplu üst yapı yönetim organı olarak temsilciler kurulunu oluşturacağı kabul edilmesi ihtimalinde ya da toplu yapı kat maliklerinin sadece toplu yapının ortak yer ve tesislerine ilişkin karar almaları konusunda fikir birliğine varılmışsa, bu durumda blok kat malikleri kurulu, zorunlu bir organ olacaktır. Bir başka ihtimalde ise, toplu yapı yönetiminin toplu yapı kat malikleri kurulundan oluştuğu ve yönetim planında toplu yapı ortak yer ve tesisler yanında blok yer ve tesislerine ilişkin cari harcama ve borçların da toplu yapı yönetiminin karşılanacağı öngörülmüşse, bu durumda blok kat malikleri kurulu zorunlu bir kurul olarak kabul edilmeyecektir²².

²⁰ ŞENGÜL, age, s. 409.

²¹ ŞENGÜL, age, s. 409.

²² ÖZMEN, E. Saba – KIR, Hafize, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişikliği Şerhi ve Eleştirisi* (5711/5912 Sayılı Kanunlar), İstanbul 2010, ŞENGÜL, age, s. 412-413.

bbb.Parsel kat malikleri kurulu

Parsel kat malikleri kurulu kavramının açıklaması kanunda açık bir şekilde verilmese de, bu kurulun varlığı, kanunun 69. maddesinden anlaşılmaktadır²³. Parsel kat malikleri kurulundan hangi hallerde söz edilebilir? Doktrindeki görüşe göre, tek parsel toplu yapılarda, parsel ortak yer ve tesislerin yönetimi bağlamı dışında kalan yerlerin söz konusu olması, parselde yer almakla beraber, fiziki olarak blok yapıların ortak yer sayılan ya da özgüleme sonucu gruplara tahsis edilen yerlerin dışında kalan yerler ve son olarak parselde yer alan bir takım yer ve tesislerin ada ya da toplu yapı ortak yer ve tesisi niteliğinde olması, bu tip kat malikleri kurulunun yönetim alanını oluşturmaktadır²⁴.

B. YÖNETİCİ

Yönetici, ana gayrimenkulün yönetimini sağlayan devamlı bir organdır. Kanunda yönetici atama yetkisi, kat malikleri kuruluna verilmiştir. Kat malikleri kurulu, tek bir yönetici atayabileceği gibi üç kişilik bir yönetim kurulu da görevlendirebilir. Kanun diğer taraftan yönetici atanmasını zorunlu tuttuğu hallere de yer vermiştir. Bu durumda sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü olan binalarda yönetici atanması zorunludur. (KMK md. 34/2) Daha az bağımsız bölümü olan binalarda yönetici tayini, kat malikleri kurulunun arzusunun bırakılmıştır.

Yönetici, her yıl genel kurulda, hem sayı hem de arsa payı çoğunluğu ile bir yıl için atanır. Bir kez seçilen yöneticinin ertesi yıl tekrar seçilmesine herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Yönetici seçimi ihtiyari olan hallerde kat malikleri aralarında anlaşamazlarsa, kat maliklerinden birinin müracaatı üzerine taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk hâkimi de yönetici atayabilir. Atanan yöneticinin, daha sonra kat malikleri kurulu tarafından değiştirilmesi mümkündür.

Yönetici, kat malikleri arasından olabileceği gibi, kat malikleri dışından üçüncü bir şahıs dahi olabilir. Bu atanma hususu ilerde değineceğimiz denetçilerin atanmasından farklılık arz etmektedir. Kat maliklerinin yöneticiyi ataması yanında, yöneticinin de bu atamaya rızası olması gerekmektedir. Dolayısıyla, yönetici ile kat malikleri kurulu arasında sözleşmesel bir ilişki doğmuş olmaktadır. Bu ilişkiyi adi bir vekâlet ilişkisi olarak niteleyebiliriz²⁵. Nitekim, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de, 04.12.2000, 18657/18999 nolu kararında;

“..Yönetici kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumludur. Bu nedenle vekiller haklarına sahiptir. Bir davada veya takipte kimlerin taraf olacağı nasıl temsil

²³ Gerçekten kanunun 69. maddesinde yer alan “Toplu yapı kapsamında bulunan parsel ve parsellerdeki birden çok bağımsız bölümü kapsayan ana yapıda ortak yerleri bulunan blok yapıların her biri, kendi sorunlarına ve yalnız o bloğa ait ortak yerlere ilişkin olarak, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan blok kat malikleri kurulunca yönetilir. Bir parselde blok niteliğinde olmayan yapılar varsa veya bu nitelikteki yapılarla blok yapılar aynı parselde yer alıyorsa, kendi sorunlarına ve o parselde ait ortak yerlere ilişkin olarak, o parselde bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunca yönetilir. Yönetim planında blokların ve blok niteliğinde olmayan yapıların idare tarzı ayrıca belirtilir.” hükmünün ikinci cümlesinde sayılan yerlerin parsel kat malikleri kurulu tarafından yönetileceği anlamı çıkmaktadır. Bkz. ŞENGÜL, age, s. 420-421.

²⁴ ŞENGÜL, age, s. 422.

²⁵ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 218. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

edileceği ise HUMK., Avukatlık Kanunu, Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdine ilişkin hükümleri ile düzenlenmiş bulunmaktadır...” şeklinde hüküm kurarak, yönetici ve kat malikleri kurulu arasındaki ilişkiyi bir vekâlet ilişkisi olarak değerlendirmiştir. Yönetici yapmış olduğu vekâlet karşılığı belirli bir ücrete hak etmektedir.

Yöneticinin görevlerinin başlıcaları; kat malikleri kurulunca verilen kararları yerine getirmek, ana gayrimenkulün gayesine uygun olarak kullanılmasını, korunmasını, bakım ve onarımını sağlamak, ana gayrimenkulle ilgili ödemeleri kabul etmek, tebliğatları kabul etmek, kat maliklerini toplantıya çağırarak vs. olarak sayılabilir.

Yönetici yürütmüş olduğu görevden her zaman için istifa edebileceği gibi, kat malikleri kurulu tarafından da her zaman için azledilebilir.

III. GENEL OLARAK KAT MÜLKİYETİNDE DENETİM A. DENETİM ORGANI

Kat malikleri kurulunun yöneticiler üzerindeki denetimi nasıl yapacağı hususu KMK md. 41’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre denetçi, kat malikleri kurulu adına vekil olarak yönetici veya yönetim kurulunu denetleyen kişidir. Aslında yöneticileri denetleme yetkisi esas itibarıyla kat malikleri kurulundadır. Fakat kat malikleri kurulu bu denetleme yetkisini bizzat kullanabileceği gibi, yöneticilerin genel yönetim işlerinin denetimini, ana gayrimenkulün gelir gider hesap kontrollerini, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile seçecekleri bir denetçi veya üç kişilik denetim kuruluna da devredebilir²⁶. “Devredilebilir” ifadesinden anlaşılması gereken denetçinin atanmasının zorunlu bir unsur olmamasıdır. Peki yukarıda da bahsedilen “toplu yapı kat malikleri kurulları”nda durum nasıldır? Denetçi atanması zorunlu mu yoksa ihtiyari midir? Bu sorulara yanıt bulmak için, ilgili kanun maddelerini karşılaştırmak yeterli olacaktır. Klasik kat malikleri kurulunun denetçi atanması ile ilgili 41. maddesinde “Kat malikleri kurulu denetim işini, kendi aralarından sayı ve arsa payı çoğunluğuyla seçecekleri bir denetçiye veya üç kişilik bir denetim kuruluna verebilir” ifadesi yer almaktadır. Biraz önce de bahsedildiği üzere, kanun koyucu “devredebilir” ifadesi ile bu seçimlik hakkı, kat malikleri kuruluna vermiştir. Yönetim planında belirtilmediği takdirde, bu atama tamamen ihtiyaridir. 5711 sayılı Kanun ile gelen toplu yapılara ilişkin hükümler arasında, denetçinin atanması ile ilgili hüküm 71. maddedir. Söz konusu maddede; “Yönetim planında başka türlü düzenlenmedikçe, blok kat malikleri kurulu blok için, blok niteliğinde olmayan yapıların yer aldığı parseldeki kat malikleri kendilerine özgülenen ortak yer ve tesisler için, toplu yapı temsilciler kurulu ise toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi atar.” Burada da görüldüğü gibi, kanun koyucu bu kez denetçi atanmasını zorunlu bir unsur haline getirmiştir²⁷.

Hangi toplu yapı kat malikleri kurullarının bu zorunluluğa sahip olduğu sorusu ise, kanunun 71. maddesinden yola çıkarak cevaplanabilir. Bu maddede kanun koyu-

²⁶ Kanun koyucu, 71. Maddede, 41. Maddeden farklı olarak, denetim kurulu ifadesini kullanmamıştır. Buna rağmen, kıyas yoluyla ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara karşı, toplu yapı kat malikleri kurullarının denetlenmesinin de denetçi ya da denetim kuruluna bırakılabileceği düşünülebilir. ÖKTEM ÇEVİK, Seda, *Toplu Yapılarda Yönetim*, İstanbul 2010, Oniki levha Yayıncılık, s. 229.

²⁷ Bu zorunluluğun, toplu yapı ilişkisinin niteliğine uygun olduğu görüşü için bkz. ŞENGÜL, age, s. 617, ÖKTEM ÇEVİK, age, s. 230.

cu, sadece blokların, blok niteliğinde olmayan yapıların ve toplu yapının denetçi atayacağından bahsetmiştir. Öğretide hakim olan görüşe göre, diğer tip toplu yapı kat malikleri kurullarının denetçi atama yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁸.

Burada dikkat edilecek bir diğer husus denetçinin veya denetim organının kat malikleri arasından seçilmiş olmalarıdır. Yani denetçi veya denetim kurulu üyeleri, kat maliki olmayan üçüncü bir kişilerin arasından atanamazlar²⁹. Nitekim bu hususta Yargıtay'ın da görüşü aynı nitelikte olup, “*kat malikleri kurulu kararında kat maliki olmayan kimsenin denetçi seçilmesini öngören hükmün iptali gerekir*³⁰” diyerek yukarıda savunulan görüşü benimsemektedir. Örneğin kat maliki olmayan bir kiracının denetçi olması da mümkün değildir. Denetçi seçimi için iki türlü çoğunluk, birlikte aranmıştır. Buna göre pay ve paydaş çoğunluğu birlikte bulunmalıdır³¹.

Denetçinin gerçek kişi olması zorunlu mudur? Bir başka deyişle, denetçi bir tüzel kişi olabilir mi? Bu soruya yanıt bulmak için tümünden gelim metoduyla, öncelikle denetçinin kim olabileceği sorusunun cevabını vermek gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, denetçi mutlaka kat malikleri arasından seçilmelidir. Kat maliklerinin gerçek kişi olma zorunluluğu ise bulunmamaktadır. Kanunda herhangi bir hüküm bulunmasa da, bahsettiğimiz üzere, denetçinin, kat maliki bir tüzel kişi olmasında bir engel bulunmadığı izlenimi yaratmaktadır. Soruna farklı bir bakış açısından yaklaştığımız takdirde ise, denetçi gibi kat malikleri kurulu ile arasında bir vekâlet ilişkisi bulunan yöneticinin durumu, çözümü bulmak için uygun bir örnek olacaktır. Nitekim, yönetici ve denetçinin hukuki niteliği birçok açıdan benzerlik göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre ve Almanya’da yöneticinin tüzel kişiler arasından seçilmesinde bir engel yoktur³². Türk hukukunda ise, bu konuda bir görüş birliği mevcut değildir.

²⁸ ÖKTEM ÇEVİK, age, s.230, Aksi görüş için bkz. ŞENGÜL, age, s. 618.

²⁹ YALÇIN, Ayhan, *Sorulu-Cevaplı-Açıklamalı-Gerekçeli Kat Mülkiyeti Kanunu*, 2002, Geçit Kitabevi, s.511, ayrıca İsviçre hukukunda böyle bir şartın bulunmadığı bilgisi için bkz. ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 249, 554 nolu dipnot.

³⁰ Yargıtay 18. HD. 2005/7323 E. 2005/9903 K. 14.11.2005 T. (www.kazanci.com).

³¹ Denetçi seçimi için aranan ikili çoğunluk, yönetici ve denetçi atanması kararları için mutlaka bulunması gereken bir husustur. Kat malikleri toplantısında, katılanların çoğunluğuyla idari kararlar alınması mümkün olsa da, yüksek mahkeme, yöneticinin atanmasıyla ilgili 34. madde ve denetçinin atanmasıyla ilgili 41. maddeleri bu kapsamda değerlendirmemektedir. Bir başka deyişle, 34 ve 41. maddelerin uygulanması için ikili çoğunluk mutlaka bulunmalıdır. Nitekim Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 14.09.2009 tarihli ve 978/6862 nolu kararında; “...*Kat Mülkiyeti Yasası, yönetici atanmasıyla ilgili olan 34. ve denetçi atanmasıyla ilgili 41.maddelerinde bu atamaların kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğunun oyu ile yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Emredici nitelikte olan bu hükümler, toplantı yeter sayısı aranmaksızın yapılacak olan ikinci toplantılarda da 30.maddenin son fıkrası hükmü uyarınca uygulanmalıdır. Başka bir söyleyişle, toplantı yeter sayısı aranmaksızın yapılacak olan kat malikleri kurulu toplantısında, katılanların çoğunluğunun oyları ile genel idari konularda karar alınabilir ise de yasal koşul olan ikili çoğunluk sağlanmadıkça yönetici ve denetçi atanmasıyla ilgili karar alınmaz.*” şeklinde hüküm kurulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 221.

³² ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 220-221.

Doktrinde, GÖKNAR, yöneticinin tüzel kişi olabileceğini savunmaktadır³³. ARPACI ise, aksi görüştür³⁴. ARPACI'ya göre, tüzel kişilerin, görevleri yetkili organları vasıtasıyla yerine getirebilecekleri düşünüldüğünde, bir başka deyişle, görevlerin fiilen gerçek kişiler tarafından yerine getirileceğini, bu kişilerin de her an değişebileceklerini ve kat malikleri kurulunun güven ilişkisi ile seçmiş olduğu kişilerden farklı kişiler olabileceği göz önüne alındığında, uygulamada sorunlar yaratması kaçınılmazdır. Bir tüzel kişi yetkilisi, yönetici olabilecek ancak tüzel kişiliğin bizzat yönetici sıfatı kazanacak olması, hukuk düzenimizin ruhuna aykırı olduğu gibi, bir kez daha belirtmek gerekir ki, uygulamada sorunlar yaratacaktır. ARPACI hocamızın bu görüşüne katılmakla beraber denetçinin de aynen yönetici gibi seçimle geldiği ve BK anlamında görevlerini bir vekil gibi ifa ettiği düşünüldüğünde, denetçinin de tüzel kişi olmasının hukuk düzenimize ve uygulamaya uygun düşmediği söylenebilir. Kanaatimizce, denetçi, ancak bir gerçek kişi olabilecektir³⁵.

Denetçi seçimi ile ilgili seçilecek kişiler üzerinde uzlaşamadığı takdirde ne yapılacağı hususu kanunda düzenlenmemiştir. Ancak yöneticilerle ilgili düzenlemeye paralel olarak bu durumda da taşınmazın bulunduğu yer sulh mahkemesi hâkiminden denetçi atanması istenebilir. Fakat bu konuda öğretilde bazı görüşler, bu hususun sadece yöneticilerle alakalı bir düzenleme olduğunu, eğer denetçilerle ilgili bir düzenleme yapılacak olsaydı bunun da açıkça belirtileceğini, kanununun denetçi atamasını ihtiyari kıldığını söyleyerek sulh mahkemesi hâkimi tarafından denetçi atanamayacağını söylemektedirler³⁶. Yönetim planında denetçinin atanmasının zorunlu kıldığı ihtimalinde ise, kanunun 33. Maddesi uyarınca mahkemeye gidilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Bu ihtimalde de, hakim, denetçiyi mutlaka kat malikleri arasından seçecektir³⁷. Diğer taraftan hâkim tarafından atanan denetçi, kat malikleri kurulu her zaman için azledilip yerine başkası atanabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, toplu yapı kat malikleri kurulunun denetçi ataması mecburidir. Buradan yola çıkarak, yönetim planında belirtilmese dahi, denetçi konusunda uzlaşamadığı takdirde, hakime başvurmak gerekecek ve hakim kat malikleri arasından denetçiyi atayacaktır.

Toplu yapılarda denetim işi, bir bağımsız denetim şirketine devredilebilir mi? KMK 41. maddeye göre, denetçi ancak kat malikleri arasından seçilebilecektir. Bu anlamda, denetim işinin dışarıdan bir şirkete verilmesi mümkün görünmemektedir.

³³ GÖKNAR, Hikmet, Örnekleriyle Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 1972, s. 104, Aynı doğrultuda görüş için bkz. ERTAŞ, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2008, 8. Bası, s. 428.

³⁴ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 221.

³⁵ Sunumumuzun konusunun dışında olmakla beraber, belirtmek gerekir ki, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yöneticinin tüzel kişi olabileceğini açıkça gösteren sadece bir hüküm bulunmaktadır. Kanunun 61. maddesinde; "Devre mülk hakkı kurulan her yapı veya bağımsız bölüm için ortak malikler, kendi aralarından veya dışardan bir gerçek veya tüzel kişiyi yönetici ve kat malikleri kuruluna temsilci olarak tayin ederler." hükmü yer alır. Kanaatimizce, bu maddeyi kıyas yoluyla klasik kat malikleri kurulu için uygulamak mümkün değildir. Söz konusu madde devre mülk için geçerli olmakla beraber, kanunun klasik kat malikleri kurulunda yöneticinin atanması ile ilgili 34. maddesinde ya da toplu yapı kat malikleri kurulunda yönetici atanması ile ilgili 71. maddesinde benzer ifadeler yer verilmemiştir.

³⁶ ARPACI, *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması*, s. 165.

³⁷ bkz. 18 nolu dipnot.

Ancak, çok sayıda yapıdan oluşan toplu yapılarda, sağlıklı bir denetimin yapılabilmesi için, sadece hesap denetiminin bağımsız bir denetim şirketine, yönetim planında yer alması koşuluyla devredilebileceği söylene de, denetçilerin tüzel kişi olmalarının sakıncalarından yukarıda da bahsettiğimiz sebeplerden dolayı, bu görüşe iştirak etmekteyiz³⁸.

Denetçilere ücret verileceği hususu yasada değinilmemiş olmakla birlikte, yönetim planında düzenleme yapılarak veya kat malikleri kurulu kararı ile ücret kararlaştırılması mümkündür. Yönetim planında düzenleme yapılmadığı takdirde, denetçilik görevi ücretsiz olarak yerine getirilir. Bu şekilde bir ücret belirlenmemişse denetçiler yönetim giderlerinden başışık tutulmasını isteyemezler. Zira her bir denetçi aynı zamanda kat malikidir.

B. DENETİMİN YAPILIŞ USULÜ

Denetçi yönetim planında gösterilen zamanlarda ve yönetim planında bir zaman gösterilmemişse her üç ayda bir yöneticinin hesaplarını denetler. Haklı bir sebebin mevcudiyeti halinde bu denetleme her zaman yapılabilir. Yönetim planında gösterilen bir zaman dilimi yoksa, her yıl ocak ayında denetim sonucu hakkında bir rapor hazırlarlar. Raporda denetçi ana taşınmazın yönetim tarzı hakkındaki düşünce ve önerilerini de belirtir.

Burada kat malikleri genel kuruluna sunulacak olan denetim raporunda hangi hususların düzenleneceğine değinecek olursak;

- Defter ve kayıtların usulüne uygun tutulup tutulmadığı,
- Makbuz ve tahsil edilen gelirler tutarı gelir tutarı ile Hesap Defterindeki gelirler tutarı birbirine uygun olup olmadığı,
- Giderler dosyasındaki fatura ve fişler ile defter kayıtlarındaki rakamlar birbirini tutup tutmadığı,
- Apartman yönetiminin dışarıya borcu olup olmadığı varsa mahiyeti miktarı ve kime olduğu hususu,
- Her bağımsız bölümden aylık avansların atlamadan eksiklik tahsil edildiği, tahsil edilmeyen alacaklar varsa bunların listesi,
- Kapıcıya ait bilgilerin zamanında doldurulup, ilgili merciye verildiği ve prim borçlarının zamanında yatırıldığı bordroların usulüne uygun olarak tutulduğu yer alır.

Denetimin sonucu, bir rapor halinde düzenlenerek, birer örneği taahhütlü mektupla kat maliklerine gönderilir. Ancak bu raporun imza karşılığı kat maliklerine elden verilmesi de mümkündür. Denetçiler bu raporu ve verecekleri kararları vs. düşüncelerini, noterden onaylanmış "Denetçi Defteri"ne geçirip altını imzalarlar.

Toplu yapı kat malikleri kurullarını denetleyen kişilerin görev tanımı kanunda yer almamaktadır. Klasik kat malikleri kurulunun denetlenmesi hükümlerinin, toplu yapı kat malikleri kurullarının denetlenmesinde de uygulanması, bu boşluğu en iyi şekilde dolduracaktır³⁹.

³⁸ Hesap denetiminin, bağımsız bir denetim şirketine devredilebileceği görüşü için bkz. ÖKTEM ÇEVİK, age, s. 235.

³⁹ ÖKTEM ÇEVİK, age, s. 231.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

IV. KAT MALİKLERİ İLE DENETÇİ YA DA DENETİM KURULU ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

A. KLASİK ANLAMDA VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ İLE DENETÇİYE ÖZGÜ VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

aa. Tanım

Vekâlet sözleşmesinin tanımı, doktrinde Tandoğan tarafından “*Vekâlet öyle bir akittir ki müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler.*” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁰. Borçlar Kanunu’nun 386. maddesinin 1. fıkrasında vekâlet sözleşmesinin tanımı; “*bir akittir ki, onunla vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.*” şeklinde yer alır. Buradaki tanımdan yola çıkarak; vekâlet sözleşmesinin kanuni tanımı bu durumda şöyle yapılabilecektir; “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği işi yönetmeyi ya da hizmet ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran sözleşmedir*”⁴¹.

Vekâlet sözleşmesi, borç doğuran rızai bir iş görme sözleşmesidir⁴². Denetçi ile kat malikleri kurulu arasındaki vekâlet ilişkisinin de bu tanıma uyduğu konusunda şüphe yoktur.

Vekâlet sözleşmeleri ile belirli bir işin görülmesi amaçlanabilir. Bunun dışındaki ihtimallerde, vekâlet sözleşmesi ile taraflar arasında devamlı borç ilişkisine benzer bir ilişki doğacaktır⁴³. Denetçinin de, istifa edene kadar ya da azledilene kadar, sürekli olarak denetleme görevi bulunduğundan dolayı, klasik anlamda vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, devam bir borç ilişkisi doğacaktır.

Denetçi ile kat malikleri arasındaki hukuki ilişkinin, özellikli bir vekâlet ilişkisi olduğundan yukarıda bahsetmiştik⁴⁴. Bir sonraki bölümde, vekâlet ilişkisinde tarafların hak ve borçlarından bahsedilirken, denetçi ile kat malikleri arasındaki ilişkiden farkları da açıklanacaktır. Ayrıca belirtmek gerek ki, kat malikleri kurulu ve denetçi arasındaki hukuki ilişkiyi incelerken, klasik kat malikleri kurulu ve toplu yapı kat malikleri kurulları arasında, hukuki nitelik bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, toplu yapı kat malikleri kurullarının denetçileri de vekâlet hükümlerine tabidir⁴⁵.

⁴⁰ TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1987, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Bastı, s. 356.

⁴¹ YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2009, Beta Yayınları, 8. Bastı, s. 608.

⁴² ARAL Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2010, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 8. Bastı s. 394.

⁴³ ARAL, age, s. 394.

⁴⁴ Bkz. 4 nolu dipnot.

⁴⁵ ÖKTEM ÇEVİK, age, s.233 ayrıca bkz. ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 251.

bb. Vekâlet sözleşmesinin “iş görme unsuru”

Vekâlet sözleşmesinde vekil, her zaman bir olumlu ve yapmaya ilişkin bir edimi yerine getirme borcunu yüklenmiştir. Kira ve satımda olduğu gibi, vekil bazen bir hukuki işlemi ya da hukuki işlem benzerini yapma borcu altına girerek, müvekkili adına doğrudan doğruya veya dolaylı temsilci olarak hareket eder. Kimi zaman ise vekil, herhangi bir maddi fiil ya da fiili bir hizmetin ifasını taahhüt eder⁴⁶. Denetçinin borcunun rapor tutma ve genel olarak denetleme olduğu göz önüne alındığında, vekil olarak fiili bir hizmetin ifasını yüklediği söylenebilir. Nitekim, denetçi, söz konusu görevleri doğrudan doğruya ya da dolayı bir temsil ilişkisi çerçevesinde yapmamakta, aksine bağımsız bir şekilde görev yapmaktadır.

cc. Vekilin, edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumlu olması

Vekâlet ilişkisinde, gerekli özeni göstermek şartıyla, vekil bir sonucu meydana getirmeyi değil, bir fiili gerçekleştirmeyi taahhüt eder. Nitekim denetçi de, görevini ifa ederken, gerekli özeni gösterdiği takdirde, sadece denetleme fiilini gerçekleştirme borcu altına girmektedir. Nitekim, denetleme görevinin amacı, kat malikleri kurulunun ve yöneticinin fiillerini denetlemektir. Bu durumda belirli maddi anlamda bir sonuç beklenmesi, işin niteliği itibarıyla mümkün değildir.

dd. Müvekkilin, vekili seçerken ve vekil, görevini ifa ederken bağımsız olması

Yine klasik anlamda vekâlet ilişkisi ile denetçinin kat malikleri ile arasındaki vekâlet ilişkisini irdelerken, denetçilerin kat malikleri olmayan üçüncü şahıslar arasından seçilememesi, bir farklılık olarak göze çarpmaktadır. Zira vekil tayin edecek kişinin, müvekkilin iradesini sınırlayacak bir yasal düzenleme mevcut değildir. Müvekkil, vekilini güven ilkesi ve o işte uzmanlaşmış kişilerden seçmek düşüncesi ile bağımsızca seçer. Kat mülkiyet ilişkisinde ise müvekkil denetçiyi kat malikleri arasından seçmekle kanun tarafından sınırlandırılmıştır. Ayrıca içinde, birden fazla müvekkil barındıran bu ilişkide müvekkillerin tamamının iradesi vekil seçimi konusunda uyuşmasa bile vekil oy çokluğu ile seçilmiş sayılır.

Vekâlet sözleşmesinde, vekil bağımsız olarak iş görür. Bağımsızlığı sadece, müvekkilin talimatlarına uygun olarak görev yapması açısından sınırlanmıştır. Denetçinin görevi itibarıyla bu tanıma uymadığını görmekteyiz. Çünkü, yöneticinin ve kat malikleri kurulunun, kendilerini denetleyecek olan bir organa talimat vermesi, denetleme görevinin bağımsızlığını engelleyecektir.

ee. Vekâlet ilişkisinin ve denetçinin görevinin sona ermesi

Denetçinin atanması usulü daha önce açıklanmıştı. Denetçinin görevinin sona ermesi de vekâlet sözleşmesinin sona ermesi hükümlerine tabidir⁴⁷. Bunun yanında, kanunun yöneticinin görevinin sona ermesine ilişkin hükümleri de kıyas yoluyla denetçi için de uygulanabilecektir.

⁴⁶ Doktorun muayene borcu, hukukçunun mütalaa verme borcu, muhasebecinin defter tutma borcu örnek verilebilir. ARAL, age, s. 395.

⁴⁷ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 252. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)*

818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre, vekil, uygun olması koşuluyla her zaman istifa edebileceği gibi, müvekkil de yine zamanın uygun olması koşuluyla, her zaman vekili azledebilecektir. Burada herhangi bir ihbar süresi ya da haklı sebebin varlığı aranmamaktadır. Kat mülkiyetinde ise, azil ya da istifa için haklı bir sebep aranmaktadır. Doktrinde ARPACI, kat malikleri ile yönetici ve kıyas ile denetçi arasındaki vekâlet ilişkisinin süreli olduğunu, Borçlar Kanunu'nun 396. Maddesinde yer alan, vekâlet ilişkisinin sona ermesi hükümlerinin, bu tip vekâlet ilişkilerinde uygulanamayacağını, nitekim BK açısından da belirli süreli vekâlet ilişkilerinin sonra ermesinde, haklı sebebin aranması gerektiğinin savunmaktadır⁴⁸. Borçlar Kanunu'na göre, genel vekâlet ilişkisinde, birden fazla müvekkil bulunması halinde, hepsinin vekili tek tek azletme yetkisi bulunurken kat malikleri tek tek vekili azletme hakkına sahip değildir. Bunun için sayı ve arsa payı çokluğu aranır. Bu yetki münhasıran kat malikleri kuruluna veya hâkime özgülenmiştir. Ayrıca kat malikleri kurulu denetçiyi ancak, haklı bir sebebin varlığı halinde azledebileceklerken, genel vekâlet ilişkisinde, müvekkil vekili, haklı bir sebep olsun olmasın istediği zaman azledebilir.

B. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI VE DENETÇİNİN SAHİP OLDUĞU HAK VE BORÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

aa.Vekilin borçları hakları ve sorumluluğu⁴⁹ ve denetçinin hak ve borçlarıyla karşılaştırılması

1. İşi yaparken gerekli özeni gösterme borcu

Vekilin özen göstermesi, vekâlet verenin yararına olan bir durumdur. Yapılan iş vekâlet veren için ne derece önemli ise, vekilin de sorumluluğu, o oranda fazla olacaktır⁵⁰. Mesleğinde uzman olanlara, örneğin mimar, avukat, hekim gibi meslek mensuplarına özen göstermede daha da dikkatli olmaları yönünde bir ödev düşmektedir. Vekilin vekâlet ilişkisinden kaynaklanan özen yükümlülüğü henüz işi aldığı anda başlar. Vekilin kendisinin ve organlarının hafif kusurundan sorumlu olmayacaklarına ilişkin yaptıkları sorumsuzluk anlaşması geçersizdir.

Vekilin üstlendiği işi yerine getirmesi, borç olmayıp yükümlülüktür. Vekilin özen borcunu ihlal etmesi veya yerine getirmemesi, vekâlet verene tek başına ifa konusunda talep hakkı tanımaz, ancak tazminat talebine imkân verir. Özen borcunun vekâlet veren tarafından ihlal edildiğini, vekâlet veren kanıtlamalıdır. Vekâlet veren, vekilin özen borcunu yerine getirmemesi sonucunda üstlenilen işin gerçekleşmediğini kanıtlarsa, sorumluluktan kurtulabilir.

Denetçinin de kat malikleri kuruluna karşı bir vekil gibi sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Yöneticinin sorumluluğunu anlatan 38. Maddede veya kanunun diğer maddelerinde, denetçinin sorumluluk kapsamı belirtilmemiş olsa da, vekil gibi sorumlu olan denetçinin de BK md.390/1-2 hükümleri kapsamında sorumlu olduğunu kabul

⁴⁸ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 253.

⁴⁹ İlk olarak bahsetmek gerekir ki, hukukumuzda, İsviçre hukukundan farklı olarak, denetçinin yöneticiye yardım etme borcu bulunmamaktadır. Bkz. ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 252.

⁵⁰ ZEVKLİLER Aydın, GÖKYAYLA Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Kasım 2010 Ankara Turhan Kitapevi, 11. bası, s. 487, 488.

ederek, görevinin ifa ederken gerekli özeni göstermesi gerektiğini ve BK md.321 anlamında işçinin özen borcunu düzenleyen hükümler çerçevesinde, kasıt ve dikkatsizlik ile kat malikleri kuruluna verdiği zararlardan mesul olduğunu söyleyebiliriz⁵¹.

2. İşi, vekâlet verene sadakatle yapma borcu

Vekil vekâlet verenin yararına olan davranışlarda bulunmak ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak yükümlülüğü altındadır.⁵² Bu durumda vekil, vekâlet verenin çıkarlarını gözeterek biçimde davranmalıdır. (BK md.300)

Roma hukukundan günümüze gelen vekâlet sözleşmesinde asıl olan güven ilişkisi olduğu için vekilin işini bağlılıkla, sadakat yükümlülüğüne dayalı olarak yerine getirmesi ön plana çıkmaktadır. Sadakat yükümlülüğü, vekilin diğer borçlarından farklı olarak, hem sözleşmenin kurulması aşamasında, hem de sona ermesi aşamasında devam etmektedir. Vekil yaptığı iş vasıtasıyla öğrenmiş olduğu sırları da saklama yükümlülüğü altındadır. Vekilin sadakat yükümlülüğü kapsamına, vekâlet verenin aleyhine olan işlemleri yapmaktan kaçınması da dâhildir.

Bu unsurun, denetçi ile kat malikleri kurulu arasındaki vekâlet ilişkisinin unsurlarından da olduğunu kabul edebilir miyiz? Kanaatimizce, denetçinin görevinin bağımsız bir şekilde sürdürülebilmesi gerektiğinden bu hususun çok hassas şekilde irdelenmesi gerekmektedir. Denetçi görevini ifa ederken, yöneticinin, kat maliklerini zarara uğratan ya da hukuka aykırı işlemlerini tespit ettiği takdirde, bunu raporunda yazması gerekmektedir. Denetim yetkisini, kat malikleri kurulundan alan denetçi, bu şekilde görevini doğru şekilde ifa edecek ve vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, müvekkili zarara uğratacak davranışları tespit edebilecektir.

3. Vekilin kendisine verilen işi bizzat yapma borcu

Vekil üstlendiği işi kural olarak bizzat yapmakla mükelleftir⁵³. Bu durum vekil ile vekâlet veren arasında vekâlet sözleşmesinin kurulmasında etkin olan özelliklerden kaynaklanmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde, vekilin kişiliği, mesleki tecrübesi, bilgisi ve en önemlisi sözleşmenin güven ilişkisine dayanmasından kaynaklanmaktadır. Ana kural vekilin işi bizzat ifa etmesi iken bu ana kuralın, üç tane istisnası bulunmaktadır. Vekil sözleşmede başkasını vekil olarak atmaya yetkili kılınmışsa, işi başkasına yaptırmak zorunda ise veya işi başkasına yaptırabileceği yönünde bir gelenek mevcut ise artık işi bizzat yapmakla mükellef değildir.

Vekâlet sözleşmesinin bu özelliği, denetçi için de geçerlidir. Denetçi, denetleme görevini bizzat gerçekleştirmelidir. Kat malikleri kurulunun güven ilişkisi ile seçtiği ve bağımsız hareket etme yetkisini verdiği denetçinin, görevini bir başkasına devretmesi, işin doğasına aykırı olacaktır.

4. Geri verme ve hesap borcu

Vekil, vekâlet verenle yaptığı sözleşmenin gereği olarak vekâlet verenden işin gerçekleşmesi için bir takım para veya mallar almış ise, vekâlet verene teslim etmek ve ona

⁵¹ OĞUZMAN – SELİÇİ – OKTAY ÖZDEMİR – age s. 539.

⁵² ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, age, s. 490.

⁵³ ARAL, age, s. 410.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

bu aldıkları hakkında hesap vermekle yükümlüdür. Hesap verme borcunun bir diğer özelliği ise, işin nasıl yürütüldüğü, sonuçlanıp sonuçlanmadığı hususlarında da vekâlet verene bilgi vermektir. Hesap verme borcunun kaynağı ise vekilin özen borcudur. Bu bir asli borç olmayıp, yan borçtur. Asli borçtan bağımsız olarak vekâlet veren tarafından talep ve dava edilebilir. Gerekli bilgi genellikle talep üzerine veya gerekli görüldüğünde, vekile verilir. Fakat vekâlet veren haricinde, örneğin mirasçılar ve tevkil edilen avukat ya da daha sonra müracaat edilen hekim de bilgi verilmesini talep edebilir. Hesap verme borcu, işin nasıl yürütüldüğü, işle ilgili olan değişiklikler, işin sonuçlanıp sonuçlanmadığı hususlarında, vekâlet verenin talebi üzerine veya gerekli olan durumlarda kendiliğinden vekâlet verene bilgi vermektir.

Bu özellik, denetçi ile kat malikleri kurulu arasındaki vekâlet ilişkisi ile klasik anlamda vekâlet ilişkisinin en uyumlu olduğu özelliklerden biridir. Denetçinin görevinin, rapor sunma edimini de içerdiği düşünüldüğünde, denetçi görevini usulüne uygun olarak sürdürdüğü takdirde, bu unsur zaten sağlanmış olacaktır.

bb. Müvekkilin hak ve borçları

1. Ücret ödeme borcu

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin üçüncü fıkrasından anlaşılan, kural olarak vekillığın ücretsiz yapılacağıdır. Yine aynı fıkra göre, aksine hüküm bulunduğu ya da teamül bulunduğu takdirde, vekil, ücrete hak kazanacaktır⁵⁴. Benzer olarak, müvekkilin hak ve borçlarını düzenleyen Bk md. 394'te böyle bir borca yer verilmemiştir. Bu durum Roma Hukukundan günümüze kadar gelmiştir. Müvekkil ve vekil arasında ki sözleşme "güven" ilkesine dayandığı için, ücret kavramı da bu ilkeye ters düşebileceğinden ücret kavramına yer verilmemiştir. Bir başka deyişle, ücret, vekâlet ilişkilerinde zorunlu bir unsur değildir. Vekâlet sözleşmelerinin tanımı yapılırken, ücret unsurunun varlığının araştırılması büyük önem taşır. Nitekim, ücret ödemenin zorunlu olarak kabul edildiği bir vekâlet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilir. Ücret borcunun bulunmadığı ihtimalinde ise, aradaki sözleşme, niteliği itibarıyla eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olacaktır⁵⁵.

Denetçi açısından da, kanunda ayrıca bir hüküm bulunmadığı ve kat malikleri ve denetçi arasındaki ilişkinin de bir vekâlet ilişkisi olduğu düşünüldüğünde, denetçinin de söz konusu görevi ücretsiz yapacağı anlamı çıkmaktadır. Doktrinde ARPACI, denetçinin ücret isteme hakkı olup olmadığı konusunda, denetçi ücretinin teamülden olmadığını ve bu durumda anlaşma ya da yönetim planında yer alması ile denetçinin ücret alacağını var olacağını savunmaktadır⁵⁶.

2. Vekil tarafından yapılan masrafları ve avansları ödeme borcu

Müvekkil, BK md. 394/1 'e göre, vekilin işin usulüne uygun olarak yaptığı masrafları ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek zorundadır. Avans deyimi yapılan para masrafının karşılığı olup, vekilin yaptığı masrafların ödenmesi ve avansların ödenmesi

⁵⁴ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 251, ARAL, *age*, s. 394.

⁵⁵ ARAL, *age*, s. 394.

⁵⁶ ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 251.

borcu ancak, taraflar arasında geçerli bir vekâlet sözleşmesi olması ve vekâletin usulüne uygun olarak ifası için olmalıdır⁵⁷.

Aynı şekilde denetçi de, yüklendiği işi görürken bazı masrafları yapmak zorunda kalmışsa, karşı tarafın bu masrafları ödeme borcu doğacaktır.

3. Vekilin uğradığı zararları tazmin borcu

Vekil, vekâleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tamamının tazminini, müvekkilden isteyebilir. Bu sorumluluktan kurtulmak ancak, müvekkilin kusuru olmadan bu zararın meydana geldiğini ispat etmesidir. Bu durumda müvekkilin, vekilin zararlarını tazmin etmesi için Bir zararın bulunması, zararın vekâletin ifası ararsın uygun illiyet bağı bulunmalı, vekâlet sözleşmesi ücretli ise müvekkilin, kusurunun bulunmadığını ispatı gerekir⁵⁸.

Kat malikleri kurulunun bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, kanun metninden anlaşılmasa da, yöneticiye karşı böyle bir sorumluluğun bulunduğu kabul edilmesini kıyas yoluyla denetçi için de düşünebileceğimiz kanaatindeyiz.

V. KAT MALİKLERİ İLE DENETÇİLER ARASINDAKİ İLİŞKİNİN DİĞER İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDEN FARKLARI

Yukarıda izah ettiğimiz gibi denetçilerle kat malikleri kurulu arasındaki vekâlet ilişkisi gereği denetçiler kurula karşı vekil gibi sorumludurlar. Bu kapsamda vekâlet sözleşmesi ile diğer iş görme sözleşmeleri arasındaki farklara değinecek olursak;

A. İŞ (HİZMET) SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI

Kat malikleri ile denetçiler arasındaki sözleşme gereği herhangi bir ücret kararlaştırılmamış olabilmesinin sonucunda, ücretin kararlaştırılmamış olması aradaki sözleşmesel ilişkinin niteliğini etkilemez. Oysa ki hizmet sözleşmesinde taraflar arasında bir ücret kararlaştırılması zorunludur.

Hizmet sözleşmesinde belirli ya da belirsiz bir zaman kıstasına göre hareket edildiği halde, vekâlet sözleşmesinde zaman kıstasının önemi yoktur.

İş sözleşmesinde işçi işverene bağımlı olarak hareket ettiği halde, vekâlet sözleşmesinde, vekil bağımsız olarak iş görür. Vekilin bağımsızlığı sadece, müvekkilin talimatlarına uygun olarak görev yapması açısından sınırlanmıştır. Denetçinin görevi itibarıyla bu tanıma uymadığından yukarıda bahsettiğimiz⁵⁹.

B. ESER SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI

Vekâlet sözleşmesinde ve denetçinin tabi olduğu vekâlet ilişkisinde bir sonuç sorumluluğu olmadığı halde, eser sözleşmesinde bir sonuç sorumluluğu taahhüt edilmektedir. Yine aynı şekilde yukarıda değinildiği gibi eser sözleşmesinde de işi gördüren, müteahhide bir ücret ödemek zorundadır. İstisna sözleşmesinde görülen işin yöneldiği

⁵⁷ ARAL, age, s. 418.

⁵⁸ Vekâlet ilişkisinin ücretsiz olması durumunda, müvekkilin kusura aranmaksızın, BK md.411 hükmünde yer alan vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Denetçinin de aksine hüküm olmadığı takdirde ücretsiz olarak görevini sürdüreceği düşünüldüğünde, kat malikleri kurulunun, zararda kusurunun bulunmadığını ispat etse dahi, bu zararı karşılama yükümlülüğü altında olduğunu söyleyebiliriz.

⁵⁹ Bkz. IV/A/dd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

sonucun kusur olmaksızın meydana gelmemesinin rizikosu müteahhide ait iken, denetçinin tabi olduğu vekâlet sözleşmesinde işin rizikosu müvekkile aittir.

Vekâlette her zaman için sözleşmeden dönme olanağı olduğu halde, eser sözleşmesinde bu husus sıkı koşullara bağlıdır. Eser sözleşmesinde müteahhit işi başkasına gördürebildiği halde, vekâlet sözleşmesinde vekil işi bizzat görmek zorundadır. İşin görülmesi nedeniyle doğan giderler, vekâlette vekâlet verene ait olduğu halde, eser sözleşmesinde müteahhide aittir.

VI. SONUÇ

Kat malikleri ile denetçiler arasındaki hukuki ilişki yukarıda unsurlarını sıraladığımız vekâlet ilişkisinin özellikleri ile uyuşmaktadır. Zira denetçiler yapmış oldukları işin niteliği gereği, bir başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak ve zaman kaydına bağlı olmaksızın, zorunlu olmamakla birlikte bu işi kararlaştırıldığı takdirde ücret karşılığında ve nispeten bağımsız bir şekilde yürüten kat malikleri kurulunun vekili konumundadırlar. Buna göre denetçiler de yöneticiler gibi kat maliklerine karşı vekâlet hükümleri gereğince sorumludurlar. Denetçiler ile kat malikleri arasındaki vekâlet ilişkisi gereği, denetçiler kat malikleri kurulu kararlarına göre hareket etmek ve alınan kararlara uymakla yükümlüdürler. Denetçiler kat malikleri kurulu adına yönetici veya yönetim kurulunu bir vekil gibi denetlemektedirler.

Denetçiler kat mülkiyeti ilişkisinde önemli bir role sahiptirler çünkü kat malikleri adına yöneticiyi denetlemektedirler. Bu denetim mekanizması kat maliklerinin ve kendilerinin yönetici tarafından mağdur olmasını engellemektedir. Ayrıca Türk Hukukuna göre deneticinin veya denetim kurulunun sadece yöneticiyi denetlemesi ve İsviçre Hukukundan farklı olarak, ona yönetim işlerinde yardımcı olmaması yerinde olmuştur. Bu durum denetçinin kat maliklerinin vekili olarak objektif davranmasını sağlamaktadır.

Kanun koyucu, toplumun gereklerini karşılamak amacıyla, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda birçok değişiklik yapmakta ve gelişen toplu yapılarında yer alan kat maliklerinin de ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla, toplu yapılara ilişkin hükümleri kanunda yer vermektedir. Ancak bu değişiklikler bile, denetçinin görev tanımı ve seçimi gibi hususların kanun metninde yeterince ayrıntılı şekilde düzenlenmediği gerçeğini değiştirmemektedir. Örnek vermek gerekirse, yönetici ve denetçinin tüzel kişi olup olamayacağını konusunda net bir hükmün kanun metninde yer almadığından yukarıda bahsetmiştik. Uygulamada ise, bizim görüşümüze göre çok sakıncalı olarak, tüzel kişilerin yönetici ve denetçi olarak atanabildiklerini görmekteyiz.

Sonuç olarak, denetçinin, klasik anlamda vekâlet ilişkisinden hangi yönleriyle ayrıldığıнын, kanunda daha ayrıntılı şekilde yer alması, uygulamadaki problemleri azaltacağı ve denetçilerin daha bağımsız şekilde görevlerini ifa edebilecekleri kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ARAL Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2010, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 8. Bası.

ARPACI, Abdülkadir, *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması*, İstanbul 2002, Temel Yayınları, Altıncı Baskı.

ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, İstanbul 1984, Bedir Yayınevi.

ARPACI, Abdülkadir, *Türk Medeni Kanunu'nunda Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, İstanbul 1990, Kazancı Hukuk Yayınları.

ERTAŞ, Şeref, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku*, Ankara 2008, 8. Bası.

GÖKNAR, Hikmet, *Örnekleriyle Kat Mülkiyeti Kanunu*, Ankara 1972.

OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2006, Filiz Kitabevi, 11. Bası

ÖKTEM ÇEVİK, Seda, *Toplu Yapılarda Yönetim*, İstanbul 2010, Oniki levha Yayıncılık.

ÖZMEN, E. Saba – KIR, Hafize, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar)*, İstanbul 2010.

REİSOĞLU, Safa, *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, Ankara 1969, Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 3. Bası.

ŞENGÜL, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, İstanbul 2011.

TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1987, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Bası.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Kat Mülkiyeti*, İstanbul 1991, Filiz Kitabevi

ÜNAL, Mehmet, *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara 1994, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2. Bası.

YALÇIN, Ayhan, *Sorulu-Cevaplı-Açıklamalı-Gerekçeli Kat Mülkiyeti Kanunu*, 2002, Geçit Kitabevi

YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2009, Beta Yayınları, 8. Bası.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001, Yetkin Basımevi, Genişletilmiş Altıncı Baskı.

ZEVKLİLER Aydın, GÖKYAYLA Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Kasım 2010 Ankara Turhan Kitabevi, 11. bası.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN TAHKİM HAKKINDAKİ HÜKÜMLERİ

(PROVISIONS OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE REGARDING ARBITRATION)

Araş. Gör. / Res. Asst. Mehmet Oğuz VURALOĞLU*

ÖZET

Hukumumuzda milli tahkim ve milletlerarası tahkim ayrı düzenlemelere tabidir. Milli tahkime ilişkin kurallarda, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Kanunun hazırlanması sürecinde Milletlerarası Tahkim Kanunu örnek alındığından, bu ayırım önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Bu makalede öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun milli tahkime ilişkin hükümleri Milletlerarası Tahkim Kanunu ve UNCITRAL Model Kanunu ile karşılaştırmalı bir şekilde genel olarak değerlendirilmiş ve Kanun'un uygulanma alanı belirlenmiştir. Ardından, "tahkime elverişlilik", "tahkimde görevli ve yetkili mahkeme" ve "hakem kararlarına karşı iptal davası" konularında yürürlüğe giren yeni düzenlemeler ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, tahkim, uygulanma alanı, tahkime elverişlilik, tahkimde görevli ve yetkili mahkeme, iptal davası.

ABSTRACT

Under Turkish law, domestic arbitration and international arbitration are subject to different provisions. The new Turkish Code of Civil Procedure introduced significant changes to the rules governing domestic arbitration. As the Turkish Code of International Arbitration was the source of inspiration at the preparatory stage of the new Code, this distinction is no more vital. In this article, firstly the new provisions regarding domestic arbitration are generally evaluated in comparison to the Code of International Arbitration and UNCITRAL Model Law, and the scope of application of the new Code is identified. Then, the new provisions that entered into force on the issues of "arbitrability of the subject matter", "court of competent jurisdiction in the arbitral process" and "setting-aside of arbitral awards" are examined.

Keywords: Turkish Code of Civil Procedure, arbitration, scope of application, arbitrability of the subject matter, jurisdiction, setting-aside of arbitral awards.

A. Giriş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle,¹ Medenî Usul Hukukumuzun inceleme kapsamında bulunan pek çok konuda oldu-

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

ğu gibi tahkim alanında da önemli değişiklikler olmuştur. Bu çalışmanın amacı, HMK'nın 'Tahkim' başlıklı onbirinci kısmını teşkil eden 407-444. maddelerinin genel olarak değerlendirilmesi, kanunun uygulanma alanının tespit edilmesi ve birkaç önemli konuda getirilen yeniliklerin ayrıntılı olarak incelenmesidir. Bu bağlamda ele alınacak konu başlıkları, tahkime elverişlilik, tahkimde görevli ve yetkili mahkeme ve hakem kararlarına karşı iptal davasıdır.

B. Genel Olarak

2001 yılından evvel hem milli (iç) tahkim hem de milletlerarası tahkim, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 516-536. maddelerinde düzenlenen tahkim hükümlerine tabiydi. 5 Temmuz 2001 tarihinde Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) yürürlüğe girmesiyle² milletlerarası tahkimde MTK hükümlerinin uygulanacağı kabul edildi ve böylece mevzuatımızda tahkime ilişkin İsviçre'de de benimsenen³ ikili bir ayırım meydana geldi.⁴ Alman Hukuku'ndaki⁵ gibi milli ve milletlerarası tahkimin aynı hükümlere tabi olmasını savunan görüşlere karşın,⁶ milletlerarası tahkimi düzenleyen MTK'nın ilga edilmemesi ve HMK'nın yalnızca milli tahkimi düzenlemesinin tercih edilmesi ile bu ikili sistem sürdürülmüştür.⁷

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, tasarının genel gerekçesinde⁸ belirtildiği üzere MTK'dan ve UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu) Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu'ndan (Model Kanun) esinlenerek hazırlanmıştır. Aynı şekilde MTK hazırlanırken de Model Kanun esas alınmış, böylece tahkimde taraf iradelerinin ön planda tutulması, hakemlerin geniş yetkilerle donatılması ve mahkemelerin müdahalesinin mümkün olduğunca kısıtlanması gibi prensipler milletlerarası tahkim açısından benimsenmişti.⁹ HMK'nın bu iki metinden etkilenmesi sonucunda aynı prensiplerin artık milli tahkime de hâkim olduğu, kanunun maddeleri incelendiğinde fark edilecektir. Hükümet tasarısında "mahkemenin müdahalesi" olarak hazırlanan HMK m. 411'in başlığının, Adalet Komisyonu tarafından "mahkemenin yardımı" olarak değiştirilmiş olması, bu anlayışın bir yansıması olarak görülebilir.

¹ 6100 sayılı HMK, RG 4 Şubat 2011, sayı 27836. HMK m. 451'de, kanunun 1 Ekim 2011'de yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

² 4686 sayılı MTK, RG 5 Temmuz 2001, sayı 24453.

³ Budak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 462 dn. 177.

⁴ Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi 2011/5, s. 23.

⁵ Budak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 462 dn. 177.

⁶ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (BTHAE) tarafından hazırlanan Türk Tahkim Kanunu Taslağı için bkz. *Adalet Bakanlığı HMK Tasarısı'nda İç Tahkim (m. 411-448) Paneli* (BTHAE:2007).

⁷ Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi 2011/5, s. 23.

⁸ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 9.

⁹ Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi 2011/5, s. 23.

Belirtilen ilkeler sonucunda kanunda getirilen düzenlemelerin genel olarak olumlu olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Model Kanun'un ülkeler arasında tahkime ilişkin mevzuatta benzerliğin sağlanması için bir örnek niteliğinde olduğu ve her ülkenin kanunlaştırma sürecinde bu metin üzerinde birtakım değişiklikler yapabileceği gerçeği¹⁰ göz ardı edilmiştir. Örneğin, HMK m. 413'te tahkim ilk itirazının¹¹ mahkeme tarafından kabul edilmeyeceği haller, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, te-sirsiz veya uygulanmasının imkânsız olması şeklinde sayılmıştır. Bu haller, Model Kanun m. 8'den aynen çevrilmiştir; hâlbuki hukukumuzda 'tesirsizlik' gibi bir geçersizlik yaptırımı mevcut değildir. Yine, sözleşmede ismen anılan hakemin ölmüş olması gibi hakemlere ilişkin imkânsızlık durumları dışında, tahkim sözleşmesinin uygulanmasının imkânsız olması durumuna da örnek bulunmamaktadır.¹²

Bundan daha önemlisi, yine Model Kanun'daki 'tahkim şartının ayrılabilirliği' prensibi HMK'ya getirilirken, bunun ötesine geçilip 412. maddenin dördüncü fıkrasında "Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı ... itirazında bulunulamaz." gibi son derece yanlış bir hüküm sevk edilmiş olmasıdır. Bu prensip, aynı zamanda 422. maddenin başlığı olan 'hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi' ilkesi ile yakından ilişkilidir. Model Kanun m. 16'dan aynen çevrilen HMK m.422/f.I ilk cümlesine göre, "Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir."

Bir tarafça sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülmüşken, bu itirazı o sözleşmeye dayanarak atanan hakemin kendisinin sonuca bağlaması eleştirilebilir.¹³ Ancak bu düzenlemenin Model Kanun'daki sistemle çelişen bir yanı yoktur. Bununla birlikte Model Kanun m.16/f.III'te tanınan, hakemin yetki konusunu bir ön sorun olarak sonuca bağlaması ve kendisini yetkili bulması durumunda, bu kararına karşı otuz gün içerisinde mahkemeye gidilebilmesi imkânına HMK m.422/f.V'te yer verilmemesi önemli bir eksikliktir. Böyle bir düzenlemeye yer verilerek, yargılamanın sonunda tahkim sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle belki de iptal edilecek bir hakem kararına ulaşabilmek için masraf yapılması ve vakit harcanması önlenebilirdi.

Yukarıda belirtilen HMK m.412/f.IV ise tahkim şartlarına Model Kanun'da dahi olmayan bir koruma getirmektedir. Tahkim sözleşmesinin varlığına ve geçerliliğine ilişkin HMK m.422/f.I'in Model Kanun m. 16'dan aldığı "... tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz." kuralı aslında yeterliydi. Bu düzenleme de eleştiriye açık olmakla birlikte,¹⁴ kanaatimce tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu'ndaki genel geçerlilik koşullarını taşııyorsa hükümsüz sayılabilecekti.

¹⁰ *Birsel/Budak*, Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği (Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum c. 1), s. 201-202.

¹¹ HUMK'ta düzenlenmeyen 'uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği' itirazı, HMK m. 116'da ilk itirazlar arasında sayılmıştır ve bu nedenle HMK m. 117'ye göre cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir; aksi halde dinlenmez ve ihtilaf mahkemede çözüme bağlanır.

¹² *Umar*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, YÜHFD 2006 c. 3 sayı 1, s. 152.

¹³ *Umar*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1172.

¹⁴ *Umar*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1171.

Kanunkoyucunun bununla yetinmeyip tahkim sözleşmesine karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamayacağını düzenlemesi, ehliyetsizlik gibi sözleşmenin tamamen geçersiz olmasına neden olan bir sebebin varlığında dahi tahkim şartının geçersizliğinin ileri sürülmesinin yasaklanması ve adeta geçerli olarak kabul edilmesi gibi son derece yanlış bir sonuca yol açmaktadır.¹⁵ Bu nedenle bu kanun hükmünün kaldırılması gerektiği görüşündeyim.

HMK'nın tahkim hakkındaki hükümleri irdelendiğinde, büyük oranda MTK'nın milletlerarası tahkime ilişkin kurallarının aynısı olduğu görülecektir.¹⁶ Yalnız HMK'nın süreler konusunda kendi içerisindeki tutarlılığı sağlamak amacıyla çoğunlukla iki haftalık süre öngördüğü, böylece MTK'daki düzenlemelerden ayrıldığı görülmektedir.¹⁷ Yine bu tercih sonucu, tahkimin gerektirdiği sürat ilkesinin aleyhine olarak, HUMK'ta öngörülen sürelerden daha uzun süreler tanındığına da dikkat çekilmelidir.¹⁸

Bir başka önemli fark da tahkimde geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkindir. MTK m. 6'ya göre cebri icra organlarını bağlamamakla birlikte hakem tarafından ihtiyati haciz kararı verilebilmektedir; bu imkân HMK m. 414'te tanınmamıştır.¹⁹ Ayrıca MTK m.6/f.I'de ifade edilen, mahkemeye ihtiyati tedbir amacıyla başvurulmasının tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmayacağı kuralı HMK m. 414'e alınmamıştır.²⁰ HMK m.414/f.III'e göre, doğrudan mahkemeye ihtiyati tedbir veya delil tespiti için başvurulması, tarafların bu konuda yazılı bir sözleşmeleri olması veya hakem heyetinden izin almaları koşuluna bağlıdır; meğerki hakemin ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyeceği bir durum olsun.

Bu gibi farklılıklar dışında, kanunkoyucu tarafından benimsenen ikili sistemin çok önemli bir işlev gördüğü söylenemez. Hatta tasarının genel gerekçesinde, milli ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farkın önlenmek istendiği ifade edilmiştir.²¹ Kanaatimce, eğer ulaşılmak istenen amaç buysa, İngiliz hukukundaki gibi tek kanun sistemi benimsenip, milli tahkime uygulanacak ayırık hükümler listelenebilirdi.²² Ayrıca, yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un m. 60 vd.'nda yer alan hükümler de yapılacak bu tek kanunun içerisinde düzenlenerek, mevzuatımızda tahkime ilişkin hükümlerin tek bir çatı altında toplanması sağlanabilirdi.

¹⁵ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Katkı, YÜHFD 2006 c. 3 sayı 1, s. 151-152. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 156-160.

¹⁶ *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, s. 815.

¹⁷ Örneğin, karşı. HMK m.418/f.II, MTK m.7/b.D.

¹⁸ Örneğin, karşı. HMK m. 427/f.I, HUMK m. 529.

¹⁹ *Pekcamtez/Atalay/Özekes*, HMK Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, s. 754.

²⁰ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1157.

²¹ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 9.

²² Halen yürürlükteki 1996 İngiliz Tahkim Yasası'nın 85-87. maddeleri milli tahkime ilişkin farklı birtakım düzenlemeler içermektedir. Kanun yapılırken bu sistem benimsenmiş, hatta daha sonra böyle bir ayrıma gerek görülmeyle bu maddeler yürürlüğe konulmamıştır. Bu konuda bkz. *Sutton/Gill*, Russell on Arbitration, s. 27, dn. 11.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

C. Uygulanma Alanı

HMK m. 407, kanunun tahkimle ilgili hükümlerinin, MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını belirtmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, HMK'nın tahkim hakkındaki hükümlerinin uygulanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birincisi, uyuşmazlığın MTK m. 2'de ifadesini bulan yabancılik unsurunu içermemesidir. Söz konusu maddede, aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcut olması durumunda yabancılik unsurunun gerçekleştiği ifade edilmektedir:

“1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”

Bu maddeden anlaşılacağı üzere, MTK yabancılik unsurunu oldukça geniş bir biçimde tanımlamaktadır. Bu ihtimallerden herhangi birinin varlığı halinde uyuşmazlık MTK kapsamında ele alınacaktır. Hükümün kanunun uygulanması bakımından vatandaşlığa herhangi bir sonuç bağlamaması neticesinde, iki Türk vatandaşı arasındaki bir uyuşmazlıkta tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş olsa dahi, bu maddedeki ihtimallerden biri mevcutsa, örneğin sözleşme konusu mal yurtdışından geliyorsa, HMK hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

Ayrıca maddede 4501 sayılı Kanun'un²³ hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu kanun, yabancılik unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırılabileceğini ve bu tahkim sözleşmelerinde uyulması gereken esasları düzenlemektedir.²⁴ Kanunun 2. maddesinde yabancılik unsuru “Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri” şeklinde oldukça geniş tutulmuştur. Kanun dokuz maddeden ibaret olup, 6. maddesinde “Bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde”

²³ Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun, RG 22 Ocak 2000, sayı 23941.

²⁴ *Nomer/Ekşil/Gelgel*, Milletlerarası Tahkim Hukuku c. 1, s. 158-159.

HUMK'un uygulanacağını belirtmektedir. Sonraki tarihli kanun olan MTK m.1/f.V uyarınca, yabancılık unsuru mevcutsa HMK değil, MTK hükümleri uygulanacaktır.

HMK'nın tahkim hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken ikinci şart ise, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmiş olmasıdır. Madde metninde 've' bağlacının kullanılmış olması nedeniyle, uyuşmazlığın MTK'da tanımlanan yabancılık unsurunu taşıyor olmasının yanı sıra, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmiş olması gerekir ki tahkim HMK'ya tabi olsun. HMK m.425/f.I'e göre, tahkim yeri taraflarca veya seçtikleri tahkim kurumunca kararlaştırılır. Bu hususta bir anlaşma olmaması durumunda tahkim yeri hakem veya hakem heyeti tarafından olayın özelliklerine göre belirlenir.

HMK m. 407'nin gerekçesinde milli tahkim açısından toprak ilkesinin kabul edildiği belirtilmiştir. Bundan anlaşılması gereken, HMK hükümlerinin tahkim yeri Türkiye dışında olan uyuşmazlıklarda uygulanmayacağıdır. Kanunkoyucu böylece, MTK m.1/f.II'de belirtilen 'tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği ancak taraflarca yahut hakem veya hakem kurulunca MTK'nın seçilmiş olması ihtimalinde de MTK'nın uygulanacağı' yönündeki görüşünden HMK'da ayrılmıştır.

Son olarak, mevzuatımızda zorunlu tahkimin öngörüldüğü durumlarda HMK hükümlerinin uygulanmayacağını hatırlatmak gerekir. Ayrıca bir ihtiyari tahkim düzenlemesi olmakla birlikte, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30 kapsamındaki tahkimle ilgili kurallar orada ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te düzenlenmektedir.²⁵ Ancak ilgili mevzuatta hüküm olmayan hallerde HMK hükümleri, önleyici bir düzenleme olmadıkça, kıyasen uygulanır.²⁶

D. Tahkime Elverişlilik

HMK m. 408, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın arzularına tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulamayacağını belirtmektedir. Madde hükmü, MTK m.1/f.IV ile aynıdır. HUMK m. 518'de bu durumlardan sadece ikincisi, yani iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerde tahkim yoluna gidilemeyeceği belirtilmekteydi. Buna göre, yeni dönemde de HUMK zamanında olduğu gibi boşanma, soybağı gibi kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı isabetli bir biçimde kabul edilmiştir.²⁷

Taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi meselesi ise HUMK tarafından açıkça yasaklanmamış olmakla birlikte tereddüt yaratan bir konuydu.²⁸ Yargıtay'ın, tapu kaydında yapılacak intikalleri düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğunu tespit ettiği ve bu nedenle tahkim sözleşmesini geçersiz saydığı bir kararı mevcuttu.²⁹ HMK bu konuda getirdiği düzenleme ile konuyu açıklığa kavuşturmuş, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini yasaklamıştır. Buna karşın, bir taşınmaza ilişkin uyuşmazlık

²⁵ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1139. Zorunlu tahkimi öngören düzenlemelerin başlıca örnekleri için bkz. s. 1137-1138.

²⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, a.g.e., s. 817; Sigortacılık Kanunu m.30/f.XXII.

²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özkes, a.g.e., s. 740-742.

²⁸ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1143.

²⁹ 07/10/2003 tarih ve 2003/E.6387-K.6813 numaralı Yargıtay 14. H.D. kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

aynı haklara ilişkin değil ise, örneğin bir kira alacağına ilişkinse, burada tahkimin caiz olduğunu hatırlatmak gerekir.

Bu madde kapsamında incelenmesi gereken bir diğer nokta ise, tacirler ve kamu tüzel kişilerinin, bu sıfatı haiz olmayan diğer kişilerle tahkim sözleşmesi yapabilmelelerine imkân tanınmış olmasıdır. Tacirler ve kamu tüzel kişilerinin, sözleşmelerin diğer tarafına oranla çok daha güçlü bir konumda oldukları kanunkoyucu tarafından da kabul edilmiştir ki, HUMK dönemindeki düzenlemenin aksine HMK m. 17'de sadece bu kişilerin kendi aralarında yapacakları yetki sözleşmelerine cevaz verilmiştir. Nitekim hükmün gerekçesinde, amacın zayıf konumdaki diğer kişilerin korunması olduğu açıkça belirtilmiştir. Tacirler ve kamu tüzel kişilerinin diğer kişilere yetki sözleşmeleri dayatmasına karşı gösterilen bu hassasiyetin, tahkim sözleşmeleri açısından da gösterilmesi gerekirdi.³⁰ Böyle yapmakla ayrıca kanunun kendi içerisinde tutarlılığı da sağlanmış olurdu.

Bununla birlikte HMK m. 17'de tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan diğer kişilerin kendi aralarında yapacakları yetki sözleşmelerine de izin verilmediğini, tahkim sözleşmeleri açısından ise böyle bir yasaklamaya yer olmadığını belirtmek gerekir. Ayrıca bu diğer kişilerin şu anki düzenleme karşısında, eğer tahkim şartı bir genel işlem şartı niteliğinde ise bu bağlamda korunma talep edebilecekleri hatırlatılmalıdır.³¹ Hatta eğer kişi tüketici konumundaysa, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 gereği tahkim şartının haksız olduğu ve dolayısıyla geçersizliği ileri sürülebilir.³² Yine de olması gereken hukuk açısından, tacirler ve kamu tüzel kişilerinin diğer kişilerle, bilhassa tüketicilerle yapacakları tahkim sözleşmelerinin HMK'ya açıkça bir hüküm konularak geçersiz sayılmasının yerinde olacağı kanaatindeyim.

Son olarak, HMK'da düzenlenmemekle birlikte, tahkime elverişlilik konusunda bir hükme daha işaret etmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte³³ 262. maddesi gereğince, taksitle satım sözleşmelerinde alıcının yerleşim yeri Türkiye'de ise, bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulacağı kararlaştırılmaz.

E. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi belirten HMK m. 410'un HUMK'ta bir karşılığı yoktu. Maddenin ilk cümlesi "Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacak belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir" şeklindedir. Konuyu milletlerarası tahkim açısından düzenleyen MTK m.3/f.1'in ilk kısmı ise görevli ve yetkili mahkemenin davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi olduğunu belirtmektedir.

³⁰ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, YÜHFD 2006 c. 3 sayı 1, s. 148-149.

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. Ayrıca bu alandaki denetleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. maddeleriyle pozitif hukuka da yansımıştır.

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması.

³³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG 4 Şubat 2011, sayı 27836. Kanununun 648. maddesinde, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere HMK m. 410 kuralı, MTK m.3/f.I'deki düzenlemeden ayrılmıştır. Tahkim yeri bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak tahkimde görevli ve yetkili olmasının sebebi, hükümet gerekçesinde tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık olarak açıklanmıştır. Aynı ihtiyaçların milletlerarası tahkimde de en az milli tahkimde olduğu kadar bulunduğu gözetilerek, en geç bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte, MTK'da görevli ve yetkili mahkeme yönünden değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

Adalet Komisyonu'nun hükmü görüşmesi sırasında MTK'nın benimsediği esas, tahkim yerinin belirlenmediği durumlar için milli tahkimde de kabul edilmiştir. Bu ekleme isabetli olmuştur; zira Komisyon gerekçesinde de belirtildiği üzere, tahkim yerinin belirlenmediği durumlarda HMK m. 425'e göre hakem veya hakem heyeti tahkim yerini belirleyecekse de, taraflar henüz hakem seçiminde de anlaşmamış olabilirler ve bu husus mahkemeye taşınabilir. Bu örnekte olduğu gibi mahkemeye başvurulması gerekli olan durumlarda hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu, madde-nin ikinci cümlesinde belirtilmiş olmaktadır.

Yetkili mahkemenin tespit edilmesi açısından tahkim yerinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bununla ilgili HMK m. 425 hükmüne kanunun uygulanma alanı bahsinde değinmiştik. Bu maddenin ikinci fıkrasında, hakem veya hakem kurulunun, tahkim yerinden başka bir yerde de toplanabileceği, duruşma, keşif gibi işlemleri yapabileceği belirtilmiştir. Bu durum, bu çalışmaların yürütüldüğü başlıca yer olan tahkim yerinin değişmesi anlamına gelmez. Keza tahkim yeri, hakem veya hakem heyetinin kararını açıkladığı yer de olmayabilir.³⁴

MTK m.3/f.I'in ikinci kısmında yer alan "davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir" hükmünün HMK'ya alınmaması da isabetli olmuştur, çünkü bu durumlarda uyuşmazlık yabancılık unsuru taşıdığından zaten HMK'nın uygulanma alanı dışında kalmaktadır.

Bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçene kadar hangi mahkemenin görevli olacağını tespiti de bir başka önemli husustur. HMK geçici m.3/f.III uyarınca "Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır." Ancak yukarıda belirtildiği üzere HUMK'ta bu konu düzenlenmemiştir. Bu nedenle görevli mahkeme, HMK m.2/f.II'deki genel kurala göre asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki, HMK m.316/b. f'ye göre, görevli ve yetkili mahkeme tahkimle ilgili dava ve işleri basit yargılama usulüne göre yürütür.

F. İptal davası

HMK m. 439'da hakem kararına karşı başvurulabilecek tek kanun yolunun, madde başlığına da ismini veren 'iptal davası' olduğu belirtilmiştir. Bu itibarla kanunkoyucu, HUMK m. 533'te benimsenen temyiz kanun yolundan ayrılarak, MTK m. 15'te olduğu gibi iptal davası sistemini kabul etmiş bulunmaktadır. HMK m.439/f.VI'ya göre,

³⁴ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1174.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz kararın icrasını durdurmaz ve iptal sebepleriyle sınırlı bir temyiz incelemesi yapılır.

Maddenin birinci fıkrasında iptal davasının tahkim yerindeki mahkemede açılacağı ifade edilmiştir. Bundan anlaşılması gereken, yukarıda görevli ve yetkili mahkeme bahsinde açıklandığı üzere tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir.³⁵ Böylelikle gerek incelemenin Yargıtay tarafından yapılmasını öngören HUMK'tan, gerekse asliye hukuk mahkemesine görev veren MTK'dan farklı bir yol benimsenmiştir. Yukarıdaki görüşümle paralel olarak, milletlerarası tahkim için de MTK'da değişiklik yapılması şüretiyle iptal davasında tahkim yeri bölge adliye mahkemelerinin görevlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Hakem kararının hangi hallerde iptal edilebileceği, bir başka deyişle iptal sebepleri, maddenin ikinci fıkrasında kaleme alınmıştır. Buna göre;

“a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu kısmında öngörülen usule uyulmadığı,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,

ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,

d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,

e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması halinde, bu kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,

f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,

g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu,

tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.”

İptal davası açılması üzerine mahkeme yalnızca bu sebeplerle sınırlı bir inceleme yapabilecektir.³⁶ Fıkra da iptal sebepleri sayıldıktan sonra “... tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir” ifadesinin yer alması bu yönde anlaşılmalıdır. Yoksa bir iptal sebebi tespit edildiği halde mahkemeye iptal etmeme gibi bir takdir hakkı tanındığı düşünülemez.

Belirtilmelidir ki, HUMK m. 533'te sayılan temyiz sebepleri, MTK'da düzenlenen ve bazı ifade farklılıkları dışında HMK'ya da aynen alınan iptal sebeplerinden daha kısıtlı bir inceleme yapma imkânı vermekteydi.³⁷ HUMK'taki temyiz sebepleri şunlardan ibaretti:

“1- Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,

2- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

3- Hakemlerin salahiyetleri dâhilinde olmayan meseleye karar vermeleri,

³⁵ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1202.

³⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, a.g.e., s. 832.

³⁷ Birsell/Budak, a.g.e., s. 217.

4- Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri”

Görülebileceği üzere hakem kararının maddi hukuk açısından incelenmesi öngörülmediği için, bu aslında tam bir temyiz incelemesi niteliğinde değildi. Ancak bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile birlikte, uyuşmazlığın çözümünde taraflarca seçilen maddi hukuk kurallarının yanlış uygulanması hakemin yetkisini aşarak karar vermesi olarak değerlendirilmiş ve hakem kararlarının esas yönünden de incelenebileceği kabul edilmiş,³⁸ böylece bu denetim tam bir temyiz kanun yoluna dönüşmüştü.

Her ne kadar HMK'nın yaptığı sınırlı sayımda hakem kararının maddi hukuka aykırı olmasının bir iptal sebebi olarak gösterilmemesi nedeniyle artık buna dayanarak hakem kararlarının iptal edilemeyeceği söylenebilirse de,³⁹ bu konuda bölge adliye mahkemelerinin ve Yargıtay'ın takınacağı tavır önem taşımaktadır. Zira HMK m.428/f.I'de taraflara dilekçelerinde dayandıkları vakıaları sunmaları zorunluluğu getirilmesi ve özellikle HMK m.436/f.I/b. c'de hakem kararında dayanılan hukuki sebebin gösterilmesi zorunluluğunun düzenlenmesi, maddi hukuka aykırılığın da bir iptal sebebi olduğunu düşündürmektedir.⁴⁰

Hükmün gerekçesinde, hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesinin bir iptal sebebi olmadığı belirtilmiştir. Kanunkoyucu tarafından bu görüşün benimsenmesi haklı olarak eleştirilebilir.⁴¹ Ancak tercih bu yönde kullanılmışsa, bu husustaki tartışmaya son vermek açısından açıkça “Hakem kararlarına karşı iptal davasında hükmün esasına ilişkin inceleme yapılamaz.” gibi bir hüküm sevk edilmesi çok daha yerinde olacaktı.

İptal davasıyla ilgili bir diğer önemli husus, kanunda sayılan iptal sebeplerinin hâkim tarafından re'sen nazara alınıp alınmayacağı konusudur. MTK m. 15 bu konuda bir ayrıma gitmiş ve;

- a) Karara konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması
- b) Kararın kamu düzenine aykırı olması

hallerinde mahkemenin re'sen kararı iptal edebileceğini, diğer sebepler açısından ise başvuruyu yapan tarafın bunları ileri sürmesi ve ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir.

HMK m. 439'da böyle bir ayrıma gidilmemiş olması karşısında nasıl bir tutum izleneceği konusu tartışmaya açıktır. Buna göre, tüm iptal sebeplerinin ancak başvuru yapan tarafça ileri sürülmüş olması halinde incelenebileceği yahut tüm bu sebeplerin hâkim tarafından re'sen göz önüne alınabileceği söylenebilir. Kanaatimce her iki görüş de kabul edilemez. Bu konuda birkaç gerekçe gösterilebilir.

MTK m.15/B'ye göre iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra tahkim yargılaması lehine sonuçlanan taraf hakem kararının Türkiye'de icrasını isterse, asliye hukuk mahkemesi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir

³⁸ 28/01/1994 tarih ve E.1993/4, K.1994/1 numaralı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı (Kazancı Bilişim - İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹ Ercan, Medeni Usul Hukuku, s. 464.

⁴⁰ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1207-1208.

⁴¹ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, YÜHFD 2006 c. 3 sayı 1, s. 154. Örneğin İngiliz Tahkim Yasası'nın 69. maddesi, aksi kararlaştırılabilen bir hüküm olmakla birlikte, hakem kararının tahkim yargılamasında İngiliz hukukunun yanlış uygulanması gerekçesiyle temyiz edilebilmesine olanak tanımaktadır.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

belgeyi o tarafa verir. Aşağıda görüleceği üzere iptal davası açmaktan feragat edilmiş yahut kanunda öngörülen süre içerisinde iptal davası açılmamış olması hallerinde mahkeme bu belgeyi vermeden önce tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık incelemesini re'sen yapar. Böylece, kanunkoyucunun bu iki sebebin varlığı halinde hiçbir şekilde hakem kararının icra edilmesini istemediği açıkça görülmektedir.

Yeri gelmişken, HMK'nın düzenlemesiyle MTK'daki hüküm arasındaki önemli bir farka işaret etmek gerekir. Az önce açıklandığı üzere, MTK'ya göre hakem kararları kesinleşmeden icra edilemezler. Oysa HMK m.439/f.IV'e göre, iptal davası açılmış olması hakem kararının icrasını durdurmaz. Ancak hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayabilecek bir teminat gösterilmesi durumunda, iptale ilişkin talep ciddi ise, kararın icrası ertelenebilir.

Bu düzenlemeye göre milli tahkimde, tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen yahut kendisi ya da uygulanması kamu düzenine aykırı olan bir hakem kararı derhal icra edilebilecektir. Milletlerarası tahkimde bu iki hali özellikle koruyan kanunkoyucunun, milli tahkim açısından bu görüşünden ayrılması için hiçbir neden yoktur. Nitekim hükmün gerekçesinde, yalnızca tahkim sürecinin hızlandırılması amacıyla bahsedilmiştir. Dolayısıyla, en azından iptal davası açıldığında, hâkimin bu iki iptal sebebinin, başvuruyu yapan tarafından ileri sürülmemiş olsa bile göz önüne alacağını kabul etmek gerekir.

Bu sonucu destekleyecek bir diğer gerekçe, HMK m. 434'tedir. Tarafların sulh olması durumunu düzenleyen bu maddede, Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında sulh talebinin "ahlaka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin ise" hakem kararı olarak tespit edileceğini ekleme ihtiyacı duyan kanunkoyucunun, bu aykırılıkların iptal davasında re'sen gözetilmesini istediği çıkarılması yapılabilir.

Benzer şekilde tüm iptal sebeplerinin re'sen göz önüne alınacağı yorumu da hatalı olacaktır. Zira bu görüş, kanun yollarının mantığına ters düşer. Nitekim istinaf incelemesinin kapsamını belirleyen HMK m. 355'te incelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı, yalnızca kamu düzenine aykırılık hususunun re'sen gözetileceği belirtilmiştir. Tüm bu nedenlerle kanaatimce benimsenmesi gereken yol, MTK'daki gibi ikili bir ayırım yapmak olacaktır. Yine de bu hususun uygulanmasında mahkemelerin alabileceği farklı tutumlar gözetilerek kanunda bir değişikliğe gidilmesi ve bu iki sebebin re'sen gözetileceğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

HMK m. 439 ile ilgili değinilmesi gereken son husus, taraflara iptal davası açma hakkından peşinen feragat etme olanağının tanınmamış olmasıdır. MTK m. 15'te, yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların, tahkim sözleşmesine koyacakları açık bir beyanla veya daha sonra yazılı şekilde anlaşarak iptal davası açma hakkından tamamen veya bazı sebepler yönünden feragat edebilecekleri belirtilmektedir. Bu esasın HMK'ya alınmaması isabetli olmuştur. Zira milletlerarası tahkimde hakem kararı sınırlı sebeplerle de olsa tenfiz yeri mahkemesinde

ikinci bir incelemeye tabi tutulmaktadır; oysa milli tahkimde böyle bir mekanizma mevcut değildir.⁴²

HUMK m. 535'te hakem kararlarına karşı temyiz hakkından önceden feragatin geçersiz olduğu açıkça düzenlenmişti. Bu kural hukukumuzda mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurma hakkından peşinen feragatin mümkün olmadığı şekilde genel kabul gördüğünden; HMK m.349/f.I tarafların istinaf yoluna başvurma hakkından, ilamın tebliğinden önce vazgeçemeyeceklerini düzenlemiştir. HMK m. 366 gereği temyizde de bu esas uygulanır. İç tahkim açısından da MTK'daki hüküm alınmayarak, hakem kararının tebliğinden evvel iptal davası açma hakkından feragat edilemeyeceği görüşü benimsenmiştir.⁴³ Ancak istinaf için açık hüküm getiren kanunkoyucunun HMK m. 439'da da bu esası açıkça belirtmesi daha isabetli olurdu.

Bununla birlikte tarafların HMK m.439/f.IV'te öngörülen bir aylık süre içerisinde iptal davasını açmaması veya hakem kararının tebliğinden sonra iptal davası açma hakkından feragat etmeleri mümkündür. Ayrıca, HMK m. 409'a göre tahkim yargılaması sırasında tarafların tahkim sözleşmesine veya HMK'nın emredici olmayan bir hükmüne aykırılığı öğrendikleri tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içerisinde itiraz etmemelerinin itiraz hakkından feragat sonucunu doğurduğu unutulmamalıdır. HMK'nın emredici hükümlerine aykırılık olması sonucunda da itiraz hakkının mevcut olduğu kuşkusuzdur; bunun maddede ifade edilmemesinden, emredici hükümlere aykırılık konusundaki itirazın süreye tabi olmaksızın iptal davası dâhil her aşamada yapılabileceği anlaşılmalıdır.⁴⁴

G. Sonuç

Tüm bu anlatılanlar ışığında, HMK'nın tahkim hakkındaki hükümlerinin Model Kanun ve MTK'daki düzenlemelerle aynı yönde birçok kural getirmekle birlikte, önemli farklılıklar da içerdiği söylenebilir. Bu farklılıkların bazıları milli tahkimin milletlerarası tahkimden ayrık özelliklerinden kaynaklanmaktadır ve bu noktalarda MTK'dan ayrılması isabetli olmuştur. İptal davası açma hakkından peşinen feragat izin verilmemesi buna örnek olarak gösterilebilir. Bazı farklılıklar ise yine olumlu olmakla birlikte, bunlardan milletlerarası tahkimde ayrılmak için neden yoktur ve bu nedenle MTK'da değişiklikler yapılması yerinde olacaktır. Mesela, tahkimde görevli ve yetkili mahkemenin tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olarak belirlenmesi böyledir. Kanunun açıklık getirmeyerek boşluk yarattığı bazı hususlarda, örneğin iptal sebeplerinin hâkim tarafından re'sen gözetilmesi konusunda, nasıl hareket edileceği ise, önümüzdeki süreçte ortaya çıkacak ilmi ve kazai içtihatlarla netleşecektir.

⁴² *Kerameus*, Waiver of Setting-Aside Procedures in International Arbitration, American Journal of Comparative Law 1993 c. 41, s. 75.

⁴³ *Umar*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1201.

⁴⁴ *Umar*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 1143-1144.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
b.	: bent
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
dn.	: dipnot
f.	: fıkra
H.D.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
Model Kanun	: UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu) Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu
MTK	: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı HMK Tasarısı'nda İç Tahkim (m. 411-448) Paneli (BTHAE 2007).

Atamer, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Beta 1999).

Birsel, Mahmut T. / Budak, Ali Cem: Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum c. 1* (BTHAE 1997), s. 171 vd.

Budak, Ali Cem: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (4. Baskı, On İki Levha 2011).

Ercan, İsmail: Medeni Usul Hukuku (6100 sayılı HMY'ye göre) (6. Baskı, On İki Levha 2011).

Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Güncel 2003).

HMK Tasarısı Genel Gerekeçesi, TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393.

Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası.

Kerameus, K.D. : Waiver of Setting-Aside Procedures in International Arbitration, *American Journal of Comparative Law* 1993 c. 41, s. 73 vd.

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat (36. Baskı, Yetkin 2011).

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (22. Baskı, Yetkin 2011).

Kuru, Baki / Budak, Ali Cem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi 2011/5, s. 3 vd.

Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin Gelgel, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku c. I (3. Bası, Beta 2008).

Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin Gelgel, Günseli: Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar c. II (Beta 2008).

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: HMK Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku (11. Bası, Yetkin 2011).

Sutton, David St. John / Gill, Judith Gill: Russell on Arbitration (22. Bası, Sweet&Maxwell 2003).

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi (Yetkin 2011).

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, YÜHFD 2006 c. 3 sayı 1, s. 117 vd.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısıyla şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, YÜHFD 2006 c. 3 sayı 1, s. 161 vd.

**5411 SAYILI BANKACILIK KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN ZAMANAŞIMI
SÜRESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN SORUNLAR**
(ISSUES ARISING FROM THE APPLICATION OF LIMITATION PERIOD IN THE
BANKING LAW NO. 5411)

Araş. Gör. / Res. Asst. Tuğba SEMERCİ*

ÖZET

Hukukumuzda, bankaların Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devri ya da faaliyet izninin kaldırılması sonrası Bankacılık Kanunu'nda ayrı bir hukuki rejim öngörülmüştür. Bu rejimle birlikte, Fon lehine geniş yetkiler tanınmış ve Fon alacaklarının tahsil kabiliyeti güçlendirilmiştir. Ancak bu uğurda Bank m. 141 ile getirilen yirmi yıllık zamanaşımı süresi ve bu sürenin Geçici m. 16 ile birlikte geriye yürütülmesi ayrıca hukuki incelemeyi gerektirmektedir. Bu çalışmada, öngörülen yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasına ilişkin sorunlar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bankacılık Kanunu, zamanaşımı, geriye yürürlük, sorumluluk.

ABSTRACT

Under Turkish law, a distinct regime is stipulated in the Code of Banking in cases of the transfer of banks to Saving Deposit Insurance Fund or the revocation of the operation permit of banks. According to this regime, the Fund is authorized with broad powers and the enforceability of the Fund claims is strengthened. Nevertheless, one of the rules indicated in this regard, namely the prescription period of twenty years set forth in Article 141 of the Code of Banking, and Provisional Article 16, which states that the mentioned provision is retroactive, need to be separately examined. In this article, the problems arising out of the application of this prescription period are discussed.

Keywords: Banking Law, prescription period, retroaction, legal responsibilities.

A) GİRİŞ

Yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun¹ (Bank) 141. maddesi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (Fon) alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresini 20 yıl olarak düzenlemiş ve geçici madde 16 ile bu süreyi geriye yürütmüştür. Bu durum doktrinde ve uygulamada tartışmalara yol açmış; kimi zaman Fon'a devrolunan bankaların da bu

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: tugba.semerci@yeditepe.edu.tr

¹ RG. 01.11.2005, 25983.

hükümden yararlanacağı, kimi zaman ise yalnızca Bank'dan kaynaklı değil, Fon'un diğer alacakları bakımından da bu hükümlerin cari olacağı ileri sürülmüştür.

Bu çalışmada, ilk kısımda öncelikle zamanaşımına ilişkin 4389 sayılı Bankacılık Kanunu'na (eBank)² 5020 sayılı Kanun'la³ getirilen düzenleme öncesi ve sonrası durum, o dönemde doktrinde geçen tartışmalar, Yargıtay kararlarıyla da zenginleştirilmek suretiyle açıklanacaktır. İkinci kısımda ise, Bank ile getirilen 20 yıllık zamanaşımı süresi ve bu sürenin geriye yürürlüğü sorunu tartışılacaktır. Bu kapsamda doktrin tartışmalarına ve güncel Yargıtay kararlarına da yer verilecektir. Son olarak, Bank'nın uygulama alanı tespit edilecek ve değerlendirmelerimize yer verilecek; özellikle Bank'da belirtilen zamanaşımı süresinin, Fon'un yönetimindeki bankaların devri ile birlikte, alacağın temlikli hükümlerinin kapsamında olup olmadığı sorunu irdelenecektir.

B) 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU ÖNCESİ DURUM

I. 5020 SAYILI KANUN ÖNCESİ DURUM

Zamanaşımı, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sona erdiren sebeplerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere zamanaşımı süresinin doğması borçluya, borcu ifadan kaçınmak konusunda def'i hakkı verir⁴. Bu hak kullanıldıktan sonra artık alacağı dava ve takip yoluyla takip etme hakkı ortadan kalkacaktır ve borç eksik borç haline dönüşecektir.

Kamu alacaklarından doğan genel zamanaşımı süresi Vergi Usul Kanunu'nda ve Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir ve beş yıldır⁵. Türk hukukunda özel hukuktan doğan alacak haklarının zamanaşımı süresi ise Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir ve genel zamanaşımı on yıldır (BK m.125). Bununla birlikte özel düzenlemeler ile bu süre değişiklik göstermektedir.

6762 sayılı TTK (eTK) m.309'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi zararı ve sorumluyu öğrenme tarihinden itibaren 2 yıl ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği tarihten itibaren 5 yıl olarak düzenlenmiştir⁶. Söz konusu düzenleme 6102 sayılı TTK (TTK) m.560'da da büyük ölçüde korunmuştur.

5020 sayılı Kanun'la 2003 yılında yapılan değişikliğe kadar eBank'da Fon alacakları açısından uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkin yasal düzenleme bulunmaktaydı. Konuya ilişkin yasal düzenlemenin bulunmaması, doktrindeki farklı yorum-

² RG. 23.06.1999, 23734.

³ RG. 26.12. 2003, 25328.

⁴ *Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, 479; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 7. Bası, İstanbul 1993, 1030; *Eren*, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, 1233; *Kılıçoğlu*, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007, 650.

⁵ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 114; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 102.

⁶ Belirtmek gerekir ki genel hükümler mucibince bu süreler esas sözleşme ile dahi değiştirilemez. Bkz. BK m.127, eTK ve TTK m.6, 11.HD. 7.10.2010 tarihli ve E. 2010/7326, K.2010/9878 sayılı kararı: "...Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davası için öngörülen zamanaşımı süresi şirket anasözleşmesi ile değiştirilemez..."

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

larla birlikte, uygulamada da tartışılara sebep olmaktadır. Bir yandan, sürenin genel hükümler mucibince çözülmesi, dolayısıyla sözleşmeden doğan fiiller bakımından 10 yıllık; haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme açısından öğrenmeden itibaren 1 ve her halde 10 yıllık sürelerin uygulanması gerektiği iddia edilmekteydi. Bir diğer yandan, bankaların anonim şirket şeklinde teşekkül ettiğinden yola çıkarak, eTK m.309'da yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak şahsi sorumluluk davalarındaki 2 ve 5 yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiği öne sürülmekteydi.

Bu bağlamda doktrinde *Kostakoğlu*'na göre, BK'da öngörülen genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık sürenin uygulanabileceği gibi; BK m.126/4'de düzenlenen istisna akdinden doğan davalar için öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresi de uygulanabilecektir⁷.

Reisoğlu'na göre ise eTK m.336 gereğince, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olan ve eTK m.309/4'te düzenlenmiş olan 2 ve 5 yıllık süre uygulanmalıdır⁸. Yargıtay da, açılan bir şahsi iflas davasında bu süreleri uygulayarak dava hakkının zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle davanın reddedilmesi yönünde karar vermiştir⁹.

Ancak bu karar *Güney* tarafından, şahsi iflas davalarının hukuki mahiyetinin haksız fiil olması ve bu nedenle TTK'da öngörülen sorumluluk davasına ilişkin daha kısa ve özel zamanaşımı sürelerinin, şahsi iflas davalarında uygulanmaması gerektiği sebebiyle eleştirilmiştir. Zamanaşımına ilişkin yasal düzenleme öncesi durum bakımından yazar, BK m.60'da öngörülen 1 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır¹⁰.

II. 5020 SAYILI KANUN SONRASI DURUM

EBank'ya 5020 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 3'e göre:

"Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ve bu Kanuna göre Hazine alacağı sayılan alacaklara ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır. Fon alacakları ve bu Kanuna göre Hazine alacağı sayılan alacaklar bakımından bu sürenin başlangıcı Fon tarafından ödeme yapılmasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişilerin fiillerinin gerçekleştiği tarihten itibaren başlar".

Böylece ilk kez Fon alacakları açısından uygulanacak zamanaşımı süresi açıkça düzenlenmiştir. 2003 yılında eBank'ya eklenen bu hükümlerle birlikte yalnızca Bankacılık Kanunundan kaynaklanan Fon ve yine Bankacılık Kanununa göre Hazine alacağı¹¹ sayılan alacaklara ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıl olacaktır. Ayrıca bu hükümlerle birlikte zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin olarak da yasal düzenleme getirilmiş, alacağın hukuki gerekçesine bakılmaksızın, zamanaşımının Fon tara-

⁷ *Kostakoğlu*, Cengiz, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2004, 504.

⁸ *Doğrusöz*, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010, 294; *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar (Şerh 2002), Ankara 2002, 237.

⁹ 19. HD. 09.05.2002 tarihli ve E. 2001/9196, K. 2002/3537 sayılı karar.

¹⁰ *Akdağ-Güney*, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2010, 352.

¹¹ EBank m. 15/a'da düzenlenmiştir, bu madde ise eBank'ya 5020 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

findan ödeme yapılmasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişilerin fiillerinin gerçekleştiği tarihte başlayacağı öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, eBanK Ek Madde 3 ile getirilen 20 yıllık zamanaşımı süresinin kapsamına Hazine alacaklarının da dahil edilmesiyle, VUK ve AATUHK¹² 'da yer alan 5 yıllık süreler göz önüne alındığında, uygulama alanı aşırı denebilecek ölçüde geniş tutulmuştur.

C) 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU İLE ÖNGÖRÜLEN DURUM

I. YASAL DÜZENLEME

1 Kasım 2005 tarihinde yürürlüğe giren BanK'da da, eBanK Ek Madde 3'de olduğu gibi zamanaşımı süresi 20 yıl olarak düzenlenmiştir. BanK m.141'in hükmüne göre, "Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır." denmiştir.

Ancak iki hüküm arasında bir takım farklılıklar mevcuttur. EBanK Ek Madde 3'ün ilk cümlesinde yer alan "...bu Kamuna göre Hazine alacağı sayılan alacaklara..." lafzına 5411 sayılı Kanun'un 141. maddesinde yer verilmemiştir. Böylece Hazine alacakları sayılan alacaklar bakımından artık genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, BanK m. 2/son'da da yer aldığı üzere, 5411 sayılı Kanun'da özel hüküm bulunmayan hallerde, zamanaşımına ilişkin olarak BK'da yer alan genel hükümler uygulanacaktır¹³.

Bir diğer farklılık ise, BanK'da zamanaşımının başlangıcına ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple zamanaşımı süresinin başlangıcı, Fon alacağını doğuran nedenin niteliğine göre belirlenecektir.

5411 sayılı Bankacılık Kanununda, zamanaşımının başlangıcına ilişkin olarak, herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak genel hükümler kapsamında söz konusu 20 yıllık süre sözleşmelerde, alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (BK m.128). Alacağın muacceliyeti bir ihbar yapılmasına bağlı ise, zamanaşımı bu haberin verilebileceği günden itibaren başlar. Bu süre haksız fiiller bakımından zarara sebebiyet veren fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren (BK m.60), sebepsiz zenginleşmede ise sebepsiz zenginleşmenin iadesini talep hakkının doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlar (BK m.66)¹⁴.

BanK m.141'de belirtilen zamanaşımı süresinin uzunluğu doktrinde hemen hemen tüm yazarlarca eleştirilmiştir.

Reisoğlu'na göre, gerek BanK'da gerekse ilgili diğer kanunlarda ispata yarayacak defter, yazı gibi araçların yasal saklama zorunluluk süresi 10 yıl olarak düzenlenmişken, BanK m. 141 ile Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süre-

¹² Bkz. dn. 4.

¹³ *Tutumlu*, Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 3. Bası, Ankara 2007, 41.

¹⁴ *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi (Şerh 2007), Ankara 2007, 1575. Doktrinde *Kırca* ise, "20 yıllık sürenin başlangıç tarihi herhalde tazmini istenen zarara sebebiyet veren fiilin gerçekleştiği tarih olmalıdır" demektedir. (*Kırca*, İsmail, İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı, Batıder, Cilt XXIII/3, 2006, 49).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

sinin 20 yıl olarak düzenlenmesi, bankaları fiili olarak hukuki delil olabilecek belgeleri 20 yıl süre ile saklamak zorunda bırakacaktır¹⁵.

Battal'a göre, bu denli uzun bir zamanaşımı süresinin belirlenmesi hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir ve gereksizdir. Bu tarz istisna hükümler yerine, alacağın zamanaşımına uğramasını engelleyen ve zamanaşımını kesen takip ve dava yöntemlerinin, Fon ve benzeri kamu kurumları tarafından da doğru işletilmesi sağlanmalıdır¹⁶.

Güney'e göre, BanK ile özel hukuk alanındaki en uzun zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin iki katı bir süre öngörülmesi, aşırı korumacı bir anlayışın eseridir ve gereksizdir¹⁷.

Hukuk güvenliği, kamu yararı ve sosyal barış alacaklının hakkını kullanmada fazla gecikmemesini zorunlu kılmaktadır. Zamanaşımı kurumunun doğuşunun sebeplerinden birini ise bu gecikmenin zaman içinde kanıtların kaybolması ya da zayıflaması sakıncaları doğurması endişesi teşkil etmektedir¹⁸.

Gerçekten de, BanK ile getirilen 20 yıllık zamanaşımı süresi amacını¹⁹ aşacak şekilde uzun tutulmuştur. Yasal düzenlemeler bakımından on yıllık sürenin geçmesiyle saklama zorunluluğu kalmayan belgelerin, doğaldır ki, bulunamaması halinde bireylerin bir on yıl daha bu bilgileri saklamak, saklamamalarının sonucu olarak hatırlamak durumunda bırakılması ispat hukuku bakımından haksızdır. Alacağın tahsili hususunda kamu menfaati sebebiyle sıkı düzenlemeler getirilmesi doğaldır, ancak bu uğurda 20 yıl gibi, hukukumuzda eşine nispeten az rastlanan, bir uzunlukta bir sürenin öngörülmesi yerine, alacağın zamanaşımına uğramasını engelleyen ve zamanaşımını kesen yöntemlerin daha etkili biçimde kullanılmasının sağlanması gerekmektedir.

II. ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN GEÇMİŞE ETKİLİ OLMASI

Kural olarak, kanunlar, yürürlüğe girdiği tarih ile yürürlükten kalktıkları tarihler arasında uygulanırlar ve yine kural olarak bir kanun en erken Resmi Gazete'de yayınlandığı tarihte yürürlüğe girer. Hukukun evrensel normlarından birisi kanunların geriye yürümeyeceğidir²⁰. Yeni kanunun eski kanun zamanında cereyan etmiş bir olaya uygulanmasına ise kanunun geriye etkisi (makable şümulü) denilmektedir. Kanunların

¹⁵ *Reisoğlu*, Şerh 2007, 1576.

¹⁶ *Battal*, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, 401.

¹⁷ *Akdağ-Güney*, 355.

¹⁸ *Oğuzman/Öz*, 465; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 1030; *Eren*, 1233; *Kılıçoğlu*, 651.

¹⁹ BanK'da öngörülen katı istisnai düzenlemelerin amacı, genel olarak, tasarruf sahiplerinin güven duygusu içinde bankalara para yatırmalarının sağlanması, kamu alacağının tahsili sürecinin hızlandırılması ve tahsil kabiliyetinin artırılmasıdır.

²⁰ Anayasanın 38. maddesinde hükmünü bulan bu norm, her ne kadar yalnızca suç ve cezalar ile ilgili olarak yer almışsa da, 4722 sayılı Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. ve 6763 sayılı Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesi (aynı zamanda 6103 sayılı Kanun'un 2. maddesi) bu ilkeyi açıkça ifade etmektedir. Ayrıca bkz. *Tekinalp*, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, 344; *Çamoğlu*, Ersin, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Batıder, Cilt XXVII/1, İstanbul 2011, 16.

geriye etkili olması ise genel anlamda hukuk güvenliği ile bağdaşmayacak bir durumdur²¹.

BanK geçici m.16 hükmü: “*Bu Kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makab- le şamdır*” demek suretiyle BanK m.141’de yer alan zamanaşımı süresinin geriye yürüdüğü kabul edilmiştir. Kanun koyucu, madde gerekçesinde ise: “*Fon alacaklarının tahsilinde kamu menfaatlerinin hak kaybına sebebiyet vermeden tahsili amaç edildiğinden, kamu yararı sebebiyle bu Kanun ile Fon lehine getirilen hükümlerin geç- mişe yürüyeceği esası getirilmiştir*” demiştir.

Ancak bu düzenleme doktrinde birçok yazar tarafından eleştirilmiş ve ilgili madde farklı şekillerde yorumlanmıştır.

Reisoğlu’na göre, düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih olan 1.11.2005’ten önce zamanaşımı süreleri dolmuş olan alacaklar bakımından borçlular lehine oluşmuş kaza- nılmış hak nedeniyle artık zamanaşımının 20 yıl olduğu ileri sürülemeyecektir²².

Oğuzman/Barlas’a göre, zamanaşımı geçtikten sonra yürürlüğe giren bir kanun ‘zamanaşımı’ olgusunu ortadan kaldırmayacağından, geçmişe etki esası –onaylanması güç de olsa- ancak henüz zamanaşımı süresi dolmamış alacaklar için zamanaşımının 20 yıla çıkması sonucunu doğurabilecektir²³.

Alici’ya göre, zamanaşımına uğramış bir alacağın sonradan yürürlüğe giren bir Kanun ile talep edilebilir olacak haline getirilmesi, Anayasada ifadesini bulan hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesine uygun değildir²⁴.

Tekinalp’e göre, BanK geçici m.16 Anayasanın adil yargılanma hakkına aykırı- lık teşkil etmektedir ve ilgili hükmün 5020 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki Fon alacakları için uygulanması mümkün değildir²⁵.

Güney’e göre, kanunların geçmişe etkili çıkarılması hukuk güvenliğini yok e- dektir; bu nedenle istisnai hallerde ve toplum menfaati-ferdi menfaat dengesi dikkatle gözetilerek kanunların geçmişe yürütmesine izin verilmelidir. Ayrıca yazara göre, BanK geçici m.16’da öngörülen 20 yıllık sürenin geriye etkili olması yalnızca ferdi menfaatleri değil, Anayasa ile hüküm altına alınan hukuk düzeni ve hukuk güvenliği ilkelerini de, adeta kamu menfaatine kurban etmektedir²⁶.

Çamoğlu’na göre, BanK m.141 kazanılmış hakları ihlal edecek şekilde uygula- namaz ve sorumluluğa neden olan işlem ve eylemin meydana geldiği tarihte yürürlük- te bulunan kanuna göre zamanaşımı dolmuş ise, BanK geçici m.16’ya göre bu hükmün makab- le şamdır olduğu ileri sürülemez. Ayrıca yazar, hükmün belirsiz, soyut ve bu

²¹ *Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 17.Bası, İstanbul 2011, 78.*

²² *Reisoğlu, Şerh 2007, 1805. Ayrıca, Yargıtay HGK. da 05.02.2003 tarihli ve 21-30/57 sayılı kararında “...Kazanılmış hak hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar ... toplumsal kararlılığı, hukuksal güven- ceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez...”* demiştir.

²³ *Oğuzman/Barlas, 78 (dn.77).*

²⁴ *Alici, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, 1180.*

²⁵ *Tekinalp, 344.*

²⁶ *Akdağ-Güney, 356.*

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

nedenle hukuk güvenliğini zedeleyici kapsamı yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünde bulunduğunu da belirtmiştir²⁷.

Nitekim doktrinin görüşleriyle de uyumlu olarak, BanK geçici m. 16'nın Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmış, ancak Mahkeme yetkisizliği nedeniyle, **esasa girmeden** davayı reddetmiştir²⁸.

Kanımızca da, her ne kadar kanunun hükmü açık bir şekilde işaret etse de, Fon lehine getirilen hükümlerden olan BanK m.141'de yer alan 20 yıllık zamanaşımı süresinin geriye yürüyeceğinin kabulü hukuk güvenliği bakımından tamiri mümkün olmayan hasarlara yol açacaktır. Hükmün gerekçesi incelendiğinde temel amacın, kamu alacaklarının tahsil edilmesi ve kamu menfaatlerinin hak kaybına uğramaması olsa da, amaca ulaşmada kullanılan yöntemin –ne pahasına olursa olsun- düşüncesiyle değil, evrensel hukuk normlarına uygun bir biçimde ve hukuka olan güveni sarsmayacak şekilde seçilmesi gerekir²⁹.

BanK geçici m.16 bakımından dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise - *Fon lehine getirilen hükümler*- in makalede şamil olacaktır. Hükmün mefhumu muhalifinden, Fon lehine olmayan hükümler bakımından bu maddenin uygulama alanı bulunmayacağı sonucuna varılmaktadır; bu şekilde bir düzenleme ise -Fon ve diğerleri- şeklinde bir ayırma sebep olmakta, kanaatimizce Anayasada hükmünü bulan kanunlar önünde herkesin eşit olacağı ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir³⁰.

III. KANUNUN UYGULAMA ALANI

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda '*Fon alacağına ilişkin dava ve takipler*' denilmiş ancak bu dava ve takiplerin türü ve hukuki sebebi hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bir diğer deyişle, alacağın haksız fiilden mi sözleşmeye aykırılıktan mı kaynaklandığı hususu önemli değildir³¹.

Ancak belirtmek gerekir ki, BanK m.141'in açık hükmü gereği, 20 yıllık zamanaşımı süresi Fon'un münhasıran Bankacılık Kanunu'ndan doğan alacaklarına uygulanacaktır, Bankacılık Kanunu'ndan doğmayan alacaklar ise genel hükümlere tabi olacaktır³². Fon'un yetki ve görevlerinin dayanağının BanK olması, diğer kanunlardan

²⁷ Çamoğlu, 16.

²⁸ 26.2.2009 tarih ve E.2009/7, K.2009/29 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

²⁹ Bu anlamda, Yargıtay HGK'nın 5.4.2006 tarihli ve E. 2006/12-110, K. 2006/122 sayılı kararında belirttiği "...Şu durumda, geriye etkililiği (makalede şamil olmayı) kabul eden 5411 sayılı yasanın bu açık hükmü karşısında yürürlük tarihi bu hükümler yönünden yayım tarihi olmakla birlikte, etkisini yayım tarihinden önceki alacaklar yönünden doğuracağına kabulü gerekir..." görüşü her ne kadar hükmün lafzi yorumu olarak karşımıza çıksa da, kanun hükümlerini sözü ve özüyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

³⁰ Karş. *Battal*, 401: "...Fon'a karşı açılacak davalar için ise ilgili genel ya da özel hükümler ve süreler uygulanmaya devam edecektir. Bu durumda aynı tür hukuki ihtilaf için açılacak bir davada, davanın tarafları için farklı süreler uygulanacaktır."; Çamoğlu, 17.

³¹ Akdağ-Güney, 351; Reisoğlu, 1577; Battal, 401.

³² Çamoğlu, 15; Reisoğlu, Şerh 2007, 1576; Akdağ-Güney, 351; Alıcı, 1180; Doğrusöz, 293.

kaynaklı alacakların dolaylı olarak Bank'ya ilişkin yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucunu doğurmamaktadır³³.

Doktrinde yalnızca *Battal*, Fon'un Bank. dışındaki genel veya özel kanunlardan kaynaklanan alacakları bakımından da dolaylı olarak bu zamanaşımı süresinin uygulanacağını ileri sürmektedir³⁴. Ancak kanunun açık hükmü karşısında ve istisnai olan bu düzenlemenin dar yorumlanması gereği ile bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir.

Yargıtay HGK³⁵, vermiş olduğu bir kararda ayakta tutulan eBank Ek Madde 5 kapsamında banka alacaklarının hazine alacağı sayıldığı ve bunların tıpkı Fon alacakları hükmünde kabul edilerek, keşide tarihi 31.12.2000 olan bir çek için Bank'daki 20 yıllık zamanaşımı süresini geriye etkili olarak uygulamıştır³⁶. Belirtilmelidir ki, yukarıda yapılan açıklamalarımız doğrultusunda Bank yürürlüğe girdiğinde zamanaşımına uğramış olan çekte 20 yıllık sürenin geçmişe etkili olarak uygulanmasını kabul etmek hukuk güvenliğini tehlikeye düşürecektir. Bank'dan kaynaklanan Fon alacakları için getirilmiş olan bu istisnai düzenlemenin bu denli geniş yorumlanması yerinde olmayacaktır.

Bir diğer husus, Bank'da yer alan zamanaşımına ilişkin sürenin ve bu sürenin geriye yürüyeceğine ilişkin düzenlemenin eTK m.336'ya istinaden açılacak sorumluluk davalarında uygulanabilirliği sorunudur. Ne var ki, eTK'da öngörülen yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin olan bu düzenleme özel bir sorumluluk halidir. Bu bakımdan, belirtilen sorumluluk davalarının kaynağı ve dayanağı eTK m.336'dır. Ayrıca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, istisnai olan Bank m. 141 ve geçici m. 16 hükümlerinin geniş yorumlanarak bu davalar açısından da geriye yürürlük kuralını kabul etmek ve 20 yıllık zamanaşımı süresinin burada da cari olacağı görüşünü benimsemek mümkün gözükmemektedir³⁷. Kanunun açık hükmü gereği, Bank'da öngörülen zamanaşımı süresi yalnızca Bank'dan kaynaklanan davalara uygulanacaktır.

³³ *Göktürk*, Kürşat, Fon Alacakları Kavramı ve Fon Alacaklarına İlişkin Zamanaşımı Süresinin Şahsi İflas Davasında Uygulanabilirliği Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, 92.

³⁴ *Battal*, 401.

³⁵ Yargıtay HGK 5.4.2006 tarihli ve E. 12-110/2006, K. 122/2006 sayılı kararı: "...Uygulanmaya devam edilecek hükümlerden 4389 sayılı Kanun ek 5. madde kapsamına alacaklı T.Vakıflar Bankası A.Ş. de girmektedir. Bunun sonucu olarak, yine aynı Kanunun 5020 sayılı yasa ile eklenen Ek madde 3'te yer alan; bu kanundan kaynaklanan fon alacaklarına ve bu kanuna göre hazine alacağı sayılan alacaklara ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresinin 20 yıl olduğunu ifade eden hükmün de alacaklı yönünden uygulanacağını kabulü gerekir. Zira, açıklanan bu hükümleri ayakta tutarak yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, yukarıya aynen alınan Geçici Madde 16'da da açıkça bu alacaklar yönünden getirilen fon lehine hükümlerin fon alacakları yönünden geçmişe etkili olacağını düzenlemiştir. Bu hükümden hazine alacaklarını ayrı düşünmek, ayakta tutulan eski yasa hükümleri de birlikte değerlendirildiğinde olanaklı değildir. Bu bakımdan 5411 sayılı Kanunun geçici madde 16'nın hazine alacakları yönünden de geçerli olduğu belirgindir...".

³⁶ Yargıtay'ın benzer kararları için bkz. 12. HD. 13.6.2006 tarihli ve E. 2006/9971, K. 2006/12804 sayılı kararı; 17. HD. 24.1.2008 tarihli ve E. 2007/4046, K. 2008/272 sayılı kararı; 9. HD 9.3.2009 tarihli ve E. 2007/30301, K. 2009/6217 sayılı kararı; 19. HD 11.5.2010 tarihli ve E. 2009/6278, K. 2010/5908 sayılı kararı.

³⁷ Aynı görüşte: *Akdağ-Güney*, 351; *Göktürk*, 97.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir diğer kararda³⁸, alacağın temlik vasıtasıyla Fon'un Bank'dan kaynaklanan m.141'e dayanan hakkının da bankanın Fon'dan varlık yönetim şirketlerine devri ile birlikte geçtiği iddiasında bulunulmuştur. Kararın konuya ilişkin kısmında şu ifadelere yer verilmiştir:

"...Alacaklı Toprakbank AŞ. tarafından bonolara dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takiplerine başlandığı, dosya alacaklarının 08.04.2002 tarihinde TMSF'ye temlik edildiği ve TMSF tarafından da 10.03.2006 tarihinde alacaklı R... Varlık Yönetim AŞ. ne temlik edildiği anlaşılmıştır.

5411 Sayılı Kanu[nu]nun 141. maddesinde: "Bu kanundan kaynaklanan fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıldır." düzenlemesi yer almaktadır. Aynı kanunun geçici 16. maddesi ise; "Bu kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makale şamildir" hükmünü içermektedir.

Borçlar Kanununun 168/1. maddesine göre; alacağın temlikinde, temlik eden kimşenin şahsına has olanlardan başka, rüçhan hakları ve diğer eklenmiş haklar dahil olur. Buna göre, Fon alacağı yönünden geçerli olan zamanaşımı süresi temlik kapsamında olup, dosya alacaklarını temellük eden alacaklı R... Varlık Yönetim AŞ. yönünden de uygulanması gerekir.

Geçmişe etkili olacağı 5411 Sayılı Kanunda açıkça kabul edilen bu lehe hükümler gereğince, fiilen gerçekleştiği tarih takip konusu bonoların vade tarihi olup, bu tarihlerden itibaren de yasada belirtilen 20 yıllık süre henüz dolmamış ve zamanaşımı da gerçekleşmemiştir. Zira, yasa zamanaşımını fon alacakları için geriye çekmiş bulunmaktadır.

O halde, mahkemece, istemin reddi yerine kabulüne karar verilmesi yukarıda açıklanan yasal düzenleme karşısında isabetsizdir..."

Anılan karar şu noktalarda eleştirilebilir. İlk olarak, himaye getirme amacıyla istisnai olarak Bank'da öngörülen zamanaşımı süresinin, münhasıran Fon'a ait olarak düzenlendiğinin kabulü gerekir. Bu bağlamda, zamanaşımı objektif bir kavram; alacak ise subjektif bir özel hukuk kavramdır. Hukuk tekniği bakımından, Fon'a has olarak düzenlenmiş bulunan bu zamanaşımı süresi alacağın kapsamında değildir. Böylece, alacağın temlik ile 20 yıllık zamanaşımı süresi ve bu sürenin geriye yürütülmesine ilişkin haklar varlık yönetim şirketlerine geçmeyecektir.

Bir an için zamanaşımı kavramının alacağın kapsamına dahil olduğu düşünülse bile, BK m. 168'de öngörüldüğü üzere alacağın temlik ile temlik edenin kişiliğine özgü haklar temellük edene geçmeyecektir (BK m.168). Bu görüşe göre, bankanın Fon'dan varlık yönetim şirketlerine devri ile birlikte, tam tersine, Bank m. 141'in de uygulaması kesilecektir. Böylece, alacağı temellük eden varlık yönetim şirketleri 20 yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır.

Ek olarak, yukarıda birçok kez değinildiği üzere, sınırlama veya yasaklama getiren ya da normal düzenden ayrılarak 'istisna' öngören kanun hükümlerinin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği bir temel hukuk kuralıdır³⁹. Kamu alacaklarının tahsili amacıyla, nispeten eşine az rastlanan yirmi yıl olarak düzenlenen zama-

³⁸ 12. HD. 19.10.2010 tarihli ve E.2010/113266, K. 2010/23815 sayılı kararı.

³⁹ *Oğuzman/Barlas*, 71: *Singularia non sunt extendenda*.

naşımı süresi ve bu sürenin BanK geçici m. 16'ya göre geriye yürürlüğü kuralı istisnaidir ve istisnai hükümlerin de dar yorumlanması gerekmektedir. Bu anlamda, geniş yorumlamak suretiyle bahsedilen sürelerin alacağın devri yoluyla Fon'un devrettiği kimselere de geçeceği görüşünün kabulü mümkün gözükmemektedir.

Karşıt görüşe göre ise, Fon, alacaklarını varlık yönetim şirketlerine temlik etmektedir; böylece, BanK m.141'in lafzında geçen *'Bu kanundan kaynaklanan Fon alacakları'* artık varlık yönetim şirketlerine ait olduğundan bu alacaklardan doğan zamanaşımı süresinden, temlik ile birlikte kendiliğinden, tıpkı Fon gibi yararlanacaklardır. Alacağı talep hakkı hangi zamanaşımına tabi ise, alacağı talep hakkını devralan kimse de aynı zamanaşımına tabi olacaktır. Nitekim, varlık yönetim şirketlerinin kuruluş amacını da *"Bankalar ve Fon dahil diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması..."* oluşturmaktadır⁴⁰. Varlık yönetim şirketlerinin Fon'un yararlanacağı zamanaşımı sürelerinden yararlanamaması halinde, birçok kez alacağı tahsil kabiliyeti ortadan kalkacağından, bu anlamda varlık yönetim şirketlerinin kuruluşunun amacı hayata geçirilemez hale gelecektir. Bu görüşe göre, kanunun lafzı açıktır ve zamanaşımı kişiye göre değişen bir kurum değildir. Bir başka söylemle, Fon alacaklarının temliki ile birlikte, temellük eden de yirmi yıllık zamanaşımı süresinden ve bu sürenin geriye yürümesinden yararlanacaktır.

Bu görüşün de isabetli yönleri olmasına rağmen, her ne kadar kanunun lafzı *'Fon alacakları'* dese de, geniş yorumlamadan mümkün olduğunca kaçınılması ve hükmün münhasıran Fon'a tahsis edilmiş bir hak olduğunun kabulü gerekir⁴¹. Aksi halde, kamu alacaklarının tahsil edilmesi uğruna hukuk tekniğinden uzaklaşmış olacak ve zamanaşımı kurumunun her anlamda reddi sonucu doğacaktır.

D) SONUÇ

Kanunun amacından anlaşıldığı üzere, BanK'ya getirilen katı düzenlemeler ile genel olarak kamu menfaati korunmak ve kamu alacaklarının tahsil edilmesi kolaylaştırılmak istenmiştir. Bu amaçla, BanK'da istisnai hükümler düzenlenmiş, yirmi yıl gibi hukuk sistemimiz açısından oldukça uzun bir zamanaşımı süresi getirilmiş ve genel hukuk normlarından sapılarak bu süre geriye yürütülmüştür.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.141'de öngörülen 20 yıllık zamanaşımı süresi amacı aşan derecede uzun tutulmuştur. Ayrıca, BanK geçici m.16 ile bu 20 yıllık sürenin geriye yürütülmesi hak ihlali kapsamına girmekte ve anayasa ihlalini düşündürmektedir.

Himaye amacıyla getirilen bu hükümlerin olabildiğince dar yorumlanması gerekirken, kanunun BanK dışında da uygulanması, kanunun yürürlük tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş alacaklara bu süreleri uygulaması, bir de bu hakkın Fon'un bankayı devri ile birlikte varlık yönetim şirketlerine geçeceği iddiası vatandaşların adil hukuk devletine olan inancını sarsacaktır. Dolayısıyla, ilgili hükümlerde gerekli kanun

⁴⁰ Bkz. BanK m. 143.

⁴¹ Kanunu ruhu ile bağdaşmayan bir sözel anlam (lafzi yorum) kabul edilemez. 4. 2. 1959 tarihli ve 14/ 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı da bu yöndedir: *"... Kanun hükümlerinin sadece lafzına göre değil, hem lafzına hem de ruhuna göre yorumlanması ve kanunun lafzına dayanılarak konuluş maksatlarına aykırı sonuçlara varılmasına meydan bırakılmaması, bu günün hukuk ilminin ve tabikatinin kaideleridir..."*.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

değişikliklerinin yapılması anına kadar, bu hükümlerin mümkün olduğunca dar yorumlanması ve özellikle zamanaşımına uğramış alacak hakları bakımından kazanılmış hakların korunması yerinde olacaktır.

Bir diğer taraftan, bilerek veya bilmeyerek bankaların tahsil etmediği alacaklar açısından kamu mağduriyetinin önlenmesini sağlamak için bankaların Fon'a devrinden itibaren de zamanaşımı süresinin uzatılması düşünülebilir. Böylece, olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) bankaların faaliyet izninin kaldırılmasından veya Fon'a devrinden itibaren 2 ve alacağın doğumundan itibaren her halde 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin öngörülmesi daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2010.

Alici, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.

Battal, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006.

Caymaz-Demiryas, Neşe, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2009.

Çamoğlu, Ersin, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Batider, Cilt XXVII/1, İstanbul 2011, 5-17.

Doğrusöz, Hanife, Banka Yöneticilerinin Ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010.

Giray, Eda / Aktepe, Sezin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı Süreleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 7/14, İstanbul 2008, 137-156.

Göktürk, Kürşat, Fon Alacakları Kavramı ve Fon Alacaklarına İlişkin Zamanaşımı Süresinin Şahsi İflas Davasında Uygulanabilirliği Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, 87-99.

Günel, Vural, Bankacılık Hukukuna İlişkin Esaslar, İstanbul 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007.

Kırca, İsmail, İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı, Batider, Cilt XXIII/3, 2006, 33-51.

Kostakoğlu, Cengiz, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2004.

Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 17. Bası, İstanbul 2011.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.

Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara 2002.

Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007.

Taşdelen, Servet, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2006.

Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tutumlu, Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 3. Bası, Ankara 2007.

Yasaman, Hamdi, Banka Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, İstanbul 2005.

**GAYRİMENKUL MÜLKİYETİNİN, SATIŞ VAADİNİN İFA EDİLMEMESİ
SEBEBİYLE MAHKEME KARARI İLE KAZANILMASI**
(*REAL ESTATE PROPERTY ACQUISITION BY DECISION OF THE COURT, BECAUSE OF
FAILING TO FULFIL SALES COMMITMENT OF REAL ESTATE*)

Av. / Aal. Ahmet Murat ARPACI*

ÖZET

Özellikle, son yıllarda inşaat sektörünün gelişmesi sonucunda, yapımı henüz bitmemiş bağımsız bölümlerin satılması ihtiyacı belirlemekte ve bu ihtiyaç da satış vaadi yoluna başvurularak giderilmeye çalışılmaktadır. Bu çalışmada, satış vaadi borcunun ifa edilmemesi halinde, satış vaadi alacaklılarının söz konusu gayrimenkulü elde etmeleri için sahip oldukları imkânlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gayrimenkul satış vaadi, gayrimenkul mülkiyeti, gayrimenkul mülkiyetinin kazanılması, şuf' a hakkı, tapu siciline tescil, satış sözleşmesi.

ABSTRACT

In recent years, as a result of developments in the construction sector, it was necessary to design a legal instrument to allow for the possibility to sell detached sections of unfinished construction projects. It was thought that this instrument could be based on a sales commitment contract. This essay examines the remedies available to the buyer in case of the seller's not honouring the sale commitment.

Keywords: Sales commitment of real estate, promise to sell, real property, right of pre-emption, entry in the land register, contract of sale.

I. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu, 704 ile 761. maddelerinde Gayrimenkul (taşınmaz) mülkiyetini taşınmaz mülkiyetinin konusu, kazanılması ve kaybı, taşınmaz mülkiyetinin içeriği ve kısıtlamaları, ana başlıkları altında ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

Gayrimenkul denince anlaşılması gereken; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir (MK 704)¹. Gayrimenkul mülkiyetinin kazanılmasında çeşitli ayrımlar söz konusudur. Bunlardan birincisi aslen iktisap - devren iktisap ayrımıdır. Mülkiyet hakkı sahibinin bu hakkı bir başka şahsa geçirdiği hallere devren iktisap, mülkiyet hakkının direkt olarak kazanıldığı, yani önceki bir mülkiyet hakkına dayanılmadan kazanımlara da aslen iktisap denilmektedir. Diğer ayrım ise tescille iktisap – tescilsiz iktisap ayrımıdır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, Medeni Kanun gayrimenkul mülkiyetinin

* İstanbul Barosu Avukatlarından, e-posta: murat@arpaci-erdogan.av.tr

¹ Bu konudaki ayrıntılar için bkz., H.Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.367.

kazanılması için temel kural olarak tescilli şart koşmuştur. MK.m.705'e göre "Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur." Ancak, mülkiyetin geçerli bir şekilde kazanılması için hukuki sebep, tescil talebi ve tescilin ayrı ayrı bulunması gerekmektedir. Uygulamada hukuki sebep ve tescil talebi tapu sicil memurunca düzenlenen satış sözleşmesinde aynı anda bulunmaktadır. Gayrimenkul mülkiyetinin kazanılmasında tescilin temel kural olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bununla birlikte, bu temel kuralın bir istisnası olarak Medeni Kanunun 705/II maddesinde tescilden önce kazanılma halleri de sayılmaktadır. MK. 705/II' ye göre tescilden önce kazanılma halleri şunlardır: Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerdir. Gerçekten, MK.m.705/II ' de sayılan haller dışında da çeşitli tescilden önce kazanılma halleri mevcuttur. Örnek olarak MK.m.54, m.105 ve m.599 ve ayrıca TK.m.151 'de de tescilden önce kazanılma hali söz konusudur². Konumuzun sınırlarını aşacağından tek tek tescilden önce kazanılma hallerinin ayrıntılarına girmek istemiyoruz. Burada, sadece çalışma konumuzun temellerini oluşturan mahkeme kararı ile tescilden önce kazanılma halini kısaca inceleyeceğiz. MK.m.705/II' de sayılan tescilden önce kazanılma hallerinden biri olan mahkeme kararının ne olduğu MK.m.716' da açıklanmaktadır. Buna göre: "Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hakimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir". Burada, mülkiyeti nakil borcu altına giren malikin, tescil talebinden haksız olarak kaçınması durumunda, dava hakkının ortaya çıkacağına anlaşılması gerektiği açıktır. Gerçekten, kaçınmayı gerektirecek haklı bir sebep söz konusu ise dava reddedilir³. Ayrıca, dava açılırken davalının gayrimenkule malik olması da gerekmektedir. Eğer davalı bu arada gayrimenkulü başkasına temlik etmişse, taşınmazı devralan yeni malike veya devreden borçluya karşı bu dava açılmaz; bu durumda sadece borçludan zararların tazmini talep edilebilir⁴. Bu konuyu kısaca anlatmış olmakla birlikte, mahkeme kararının hukuki niteliğini ileride ayrı bir başlık altında incelemiş bulunmaktayız⁵.

Ülkemizde son günlerde inşaat sektörü hızlı bir gelişme göstermiştir. Bu gelişimin doğal bir sonucu olarak da birçok hukuki uyumsuzluk kendini göstermektedir. Bu uyumsuzlıklardan biri de, taraflara bir gayrimenkul satış sözleşmesi yapmayı isteme hakkı sağlayan gayrimenkul satış vadinin yerine getirilmemesidir. Özellikle de henüz tamamlanmamış yapıların gelecekte satışı için yapılan satış vaadi sözleşmelerinin yerine getirilmemesi veya yanlış uygulanması ülkemizde çok yaygındır. Gerçekten, kat mülkiyeti kurulmamış ve henüz tamamlanmamış yapılar açısından durum böyledir⁶. Çalışmamızın amacı, gayrimenkul mülkiyetinin istisnai bir kazanılma yolu olan satış vaadi sözleşmesinin ifa edilmemesinin sonucu olarak mahkeme kararı ile kaza-

² Bakınız. S.S. Tekinay, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya Hukuku, C. 1, 5. Basım İstanbul 1989, s. 722; Ş. Ertaş, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2002, s: 255; J.G. Akipek/T. Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 475.

³ Bakınız. M.K. Oğuzman, Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s.322.

⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s.322; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s.717.

⁵ IV nolu başlık altında açıklanmıştır.

⁶ Bu konudaki özel görüş için bakınız: A. Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, s.171.

nilmasını incelemek ve bu konudaki soru işaretlerine biraz da olsa cevap vermeye çalışmaktır.

II. Gayrimenkul Satış Vaadi Kavramı

Gayrimenkul satış vaadi, sözleşmenin taraflarına, gelecekte bir satış sözleşmesi yapma borcunu yükleyen ve bu borcu yerine getirmeyi isteme hakkını sağlayan bir ön akittir. Gayrimenkul satış vaadinin, geçerli olabilmesi için BK. m 123 ve MK.m.706' ya göre resmi şekilde yapılmış olması gerekmektedir. 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60. maddesine göre, gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri, noterlerce düzenlenmektedir. Böylece, satış sözleşmelerini yapma görevi tapu memurlarının, satış vaadi sözleşmelerini yapma görevi ise noterlerindir. Ancak, burada hemen belirtmek gerekir ki, satış vaadi sözleşmesinden daha önemli olan satış sözleşmesini düzenleme yetkisi olan tapu memurlarının, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesini, yani asıl sözleşmeyi gelecekte yapma vadini de düzenleyebilmesi gerekmektedir⁷. Yeri gelmişken söylemek gerekir ki, satış vaadi sözleşmesinin noterlerce re' sen düzenlenmesi gerekir; tarafların sadece imzalarının onaylandığı satış vaadi sözleşmeleri geçerli değildir⁸. Burada geçerliliği sağlayacak husus, tarafların iradelerini noter huzurunda açıklamaları ve satış vaadi sözleşmesini imzalamaları, ayrıca satış vaadi iradesinin açıklandığını ve satış vaadinin kabul edildiğini de noterin yazmış olmasıdır⁹. Burada önemli olan diğer bir husus da şudur: Eğer noterin hazırladığı sözleşmenin içeriği satış vaadine değil de, satış sözleşmesine ilişkin olursa bu sözleşmenin geçerliliği ne durumda olacaktır? Böyle bir durumda, yapılan sözleşme, "tahvil" yolu ile satış sözleşmesi değil, satış vaadi olarak değerlendirilecek ve geçerli sayılacaktır¹⁰. Yargıtay' ın görüşü de bu yöndedir¹¹.

Gayrimenkul satış vaadi ile taraflar satış sözleşmesini yapma borcu altına girerler. Daha önce de belirttiğimiz üzere, satış vaadi bir ön akittir. Doktrindeki hâkim görüş de bu yöndedir¹². Böylece, taraflar, ileride asıl akdin (satış sözleşmesi) yapılmasını bu ön akde dayanarak isteyebileceklerdir. Ancak, burada belirtmek gerekir ki, noterce düzenlenen satış vaadi sözleşmesi tek başına tescile yetmeyecektir. Tapu memurunun ayrıca bir resmi satış sözleşmesi düzenlemesi gerekmektedir. Yani, sadece satış vaadine dayanılarak yapılacak tescil yolsuz olacaktır.

Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhi, Tapu Kanununun 26. maddesinin 5. fıkrası ile mümkün kılınmıştır. Gerçekten, Kanun hükmü "Noterlik Kanununun 44. maddesinin B bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimen-

⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age., s.690; Kocayusufpaşaoğlu, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi s.118 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age., s690); Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s.312; K.T. Gürsoy, Gürsoy/Eren/Cansel Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s.247; Ertaş, age., s.289; Y.14.HD. 26.11.1979, 5390/5650, www.legalbank.net, 20.05.2010.

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age., s.687; Ertaş, age., s.289.

⁹ Y.3.HD, 13.10.1962, 392/6553, www.legalbank.net, 20.05.2010.

¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age., s. 689; Gürsoy/Eren/Cansel, age., s. 490; Kocayusufpaşaoğlu, age., s. 124 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age., s. 689); Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s. 312.

¹¹ Y.HGK 10.2.1960 4/6-188, www.legalbank.net, 20.05.2010.

¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age., s. 691; Gürsoy/Eren/Cansel, age., s. 490; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age, s. 311; Kocayusufpaşaoğlu age., s. 67 vd. (Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s.311); Ertaş, age., s. 289.

kul satış vaadi sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir” diyerek bu konuya açıklık getirmiştir. Ancak burada belirtmeliyiz ki, Noterlik Kanununun 44. maddesinden anlaşılması gereken, 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60. maddesidir. Burada Kanun, satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilebileceğinden bahsetmektedir; ancak bundan anlaşılması gereken, satış vaadi sözleşmesinden doğan ve alıcı lehine olan alacak hakkının tapuya şerhidir.¹³

Zira, bir sözleşmenin tapu siciline şerhi mümkün değildir. Tapuya verilecek şerh, alıcı lehine doğan hakkı güçlendirecek, yani bu hakka aynı etki kazandıracaktır. Böylece, alıcı gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkını, şerhten sonraki yeni maliklere karşı da kullanabilecektir. Ayrıca, sonradan alıcının bu hakkı ile bağdaşmayacak haklar kazananlar, bu haklarını alıcıya karşı kullanamayacaklardır.¹⁴ Yani, bu şerh şahsi hakların şerhinde munzam etkiyi sağlar.¹⁵ Yargıtay da bu konuda aynı görüştedir ve satış vadinin şerhinden sonra konulan haczin kaldırılmasını alıcının isteyebileceğini kabul etmiştir.¹⁶

Gayrimenkul satış vadinin tapuya şerhinden itibaren 5 yıl içinde satış yapılmazsa, şerh tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından re’sen terkin olunur. (Noterlik Kanunu m.26/6). Bununla birlikte, taraflar karşılıklı olarak anlaşır, tapu memuruna başvurarak da şerhi kaldırabilirler.¹⁷

Gayrimenkulün, satış vaadi alacaklısına satılması veya satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkın herhangi bir nedenle ortadan kalkması durumlarında da doğal olarak şerh etkisini kaybeder.

Gayrimenkul satış sözleşmesinden doğan hak tapuya şerh edilmez veya şerh etkisini bir şekilde yitirse, bu hak sadece sözleşmenin diğer tarafına veya onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Satış vaadinden doğan hak, şayet şerh yoksa gayrimenkul üzerinde sonradan iyi niyetle aynı hak kazanan üçüncü kişilere karşı etkili olmaz. Zamanaşımı bakımından gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri herhangi bir hükme bağlanmamıştır. Bundan ötürü, 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmamıştır. BK. m. 125’e göre zamanaşımı süresi, satış vaadi sözleşmesinin düzenlendiği tarihten itibaren başlar.¹⁸ Daha doğrusu, bu süre, satış vaadi borcunun ifasının istenebilme anından itibaren işlemeye başlar.

III. Satış Vaadi Borçlusunun Borcunu İhlal Etmesi Sebebiyle Mahkemeye Başvurulması

Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden doğan satış sözleşmesi yapma borcu muaccel olunca, satışı vaad edenin satış sözleşmesi ve müteakiben tescil talebi için alıcı ile birlikte tapuya gitmesi ve gereken işlemleri yapması lazımdır. Her ne kadar doktrinde, bazı yazarlarca, alıcının hakkını kullanması üzerine bu borcun doğacağı ileri sürül-

¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 698 ve orada anılan yazarlar (Kocayusufpaşaoğlu, age s.190; Sungurbey, Kişisel Hakların Şerhi, s. 42).

¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 698.

¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s.314.

¹⁶ Y.14.HD,12.10.1976, 3842/4758, www.legalbank.net, 20.05.2010.

¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 699.

¹⁸ Yarg. 13. HD., 23.01.1976; bu karar ve ayrıca bu konudaki diğer açıklamalar için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 700. Keza orada anılan Yargıtay kararları.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

mekte ise de¹⁹, bu görüşe katılmak mümkün görülmez. Bu görüş taraftarlarına göre, satış vaadi, alıcı tarafa yenilik doğurucu hak sağlayacak ve bu hak kullanılıncaya da satış sözleşmesi yapma borcu doğacaktır.²⁰ Fikrimizce, bu borç, satış vaadi sözleşmesi yapılmakla doğar. Ancak, sözleşmede vade, geciktirici şart gibi kayıtlar varsa, elbette o kayıtlar nazara alınacaktır. Nitekim yukarıda anılan görüş, azınlık görüşü olarak kalmıştır.

Şayet, satış sözleşmesi yapma borcunun ifası istenebilir hale gelmesine rağmen bu borç ifa edilmezse, alıcı mahkemeye başvurarak mülkiyetin kendisine hakim kararıyla geçirilmesini MK.716 hükmüne dayanarak isteyebilir. Ne var ki, bu noktada da doktrinde görüş birliği yoktur. Şöyle ki, gene azınlıkta kalan bir görüşe göre, satış vaadi sözleşmesi MK.716 anlamında hukuki sebep niteliğini taşımaz ve buna göre, mahkemeden önce satış sözleşmesinin yapılmış sayılmasına dair karar almak gerekmektedir. Buna yönelen dava açılınca, hakim, bu fikir uyarınca, satış vaadi borçlusunun irade beyanı yerine geçecek bir karar verecek, alıcı da bu kararı tapu memuruna götürerek resmi senedi düzenlettirecektir. Gene bu görüş uyarınca, satıcı taraf tescili talep etmezse bu sefer yeniden dava açılacak ve hakimin vereceği karar sonucu mülkiyet alıcıya geçecektir²¹. Doktrinde bir diğer görüş olarak da, yukarıda anılan ilk dava sonucunda hakimin verdiği karar satış sözleşmesi yerine geçecektir²². Nihayet doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen fikre göre ise yukarıda da belirtildiği üzere, alıcı doğrudan MK.716 hükmü uyarınca mülkiyetin hükmen kendisine geçirilmesine yönelik bir ifa davası açabilecektir. Buna göre, hakimin vereceği karar yenilik doğurucu nitelikte olacak ve kararın kesinleşmesi ile birlikte mülkiyet tescilden önce satış vaadi alacaklısına geçmiş olacaktır. Bu karar, belirtildiği üzere, yenilik doğurucu niteliktedir²³. Belirtelim ki, Yargıtay'ın görüşü de çoğunluk görüşüne uygundur²⁴.

Anlaşılmıştır ki, çoğunluk görüşü ve Yargıtay'ın uygulamaları usul ekonomisine daha uygundur. Gerçekten, böylece, iki ayrı dava açmak gibi zahmetli bir külfet de satış vaadi alacaklısına yüklenmemiş olur. Ne var ki, bu durumda satış vaadi ile satış sözleşmesi arasındaki farkın silindiği düşünülebilir. Nitekim doktrinde buna işaret edilmiştir²⁵. Ancak, kanaatimizce sadece bu noktadan hareketle satış ile satış vaadi arasında fark bulunmadığını söylemek isabetli değildir. Zira, bir kimse henüz maliki olmadığı, ama yakında mülkiyetini iktisap edeceğine inandığı bir taşınmazı satamaz; fakat bu taşınmazın satışını geçerli olarak vaad edebilir. Özellikle, inşaat sektöründe gayrimenkul satış vaadine şiddetle ihtiyaç duyulmaktadır. Satış vaadi imkânı sayesinde henüz inşaat halinde bulunan, fakat ileride tamamlanıp kat mülkiyetine çevrilecek olan bir binanın gelecekteki bağımsız bölümlerinin şimdiden satış vaadine konu edilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu sayede inşaatçı da finansman sağlayarak yapıyı ta-

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s. 313.

²⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s. 313.

²¹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s. 315.

²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 695.

²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 695; Gürsoy/Eren/Cansel, age., s. 503.

²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age, s. 696, 38 numaralı dipnotunda anılan birçok Yargıtay kararı.

²⁵ Bu konu için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 695.

mamlama fırsatı yakalamış olacaktır. Bu tür satış vaadlerinin geçerli olacağı, Yargıtay'ın 1978 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı ile de kabul edilmiştir²⁶.

Görüldüğü üzere, satış vaadi alacaklısına mülkiyetin geçmesi bakımından çoğunluk ve Yargıtay görüşünün kabulü, satış vaadiyle satış arasındaki farkın sadece bu noktada silindiği sonucuna götürecektir, ama her iki sözleşme arasındaki nitelik farkı ve bu sözleşmeleri ayrı ayrı mütalaa etme ihtiyacı ortadan kalkmış olmayacaktır.

IV. Mahkeme Kararının Hukuki Niteliği

Yukarıda da temas edildiği üzere, mülkiyetin satış vaadi alacaklısına geçmesi talebiyle açılan dava eda davası niteliğindedir. Ancak, mülkiyetin davacıya geçmesine dair olan mahkeme kararı yenilik doğurucu (inşai) niteliktedir²⁷. Bu kararın kesinleşmesi ile birlikte mülkiyet satış vaadi alacaklısına tescilden önce geçer. Ancak, vaad alacaklısı açıklayıcı tescil yaptırmazsa bir takım olumsuzluklarla karşı karşıya kalabilir. Bir kere, bu kimse kendisi adına açıklayıcı tescil yaptırmadıkça ilgili taşınmazı tasarruf işlemlerine konu edemez (MK. 705/II). Mesela, mahkeme kararı ile mülkiyeti kazanan söz konusu kişi ilgili taşınmazın mülkiyetini devredemez veya o taşınmaz üzerinde başkasına sınırlı bir ayni hak sağlayamaz. Bundan başka, mahkeme kararı ile malik olan kimse, şayet kendi adına açıklayıcı tescili yaptırmamışsa, tapuda hala malik gözüken eski malikin iyi niyetli üçüncü şahsa yapacağı devir üzerine mülkiyet hakkını kaybedecektir. Gerçekten, MK.1023 hükmü, tapu kütüğüne güvenen iyi niyetli kişilerin bu güvenlerini korumakta ve onların ayni hak kazanacaklarını söylemektedir. Görüldüğü üzere, mahkeme kararı her ne kadar yenilik doğurucu niteliği dolayısıyla davacıya mülkiyeti tescilden önce kazandırmakta

ise de, mahkeme kararı ile bu şekilde mülkiyeti kazanan kimsenin açıklayıcı tescili bir an önce yaptırmasında kendisi açısından büyük yarar vardır.

Yeri gelmişken söyleyelim ki, gayrimenkul satış vaadine dayanan ve incelemekte olduğumuz mahkeme kararının, önalım (şuf'a) hakkının kullanılması bakımından şuf'a olayı sayılıp sayılmayacağı hususunun da burada ele alınması uygun olacaktır. Bilindiği üzere, şuf'a hakkı sadece ilgili gayrimenkulün başkasına satışı halinde kullanılabilir. Mesela, müşterek mülkiyet konusu bir gayrimenkulün paydaşlarından biri, payını bir başkasına satmayıp da payın satışını vaad etse ve vaadini yerine getirmediği için de mahkemenin yukarıda açıklanan yenilik doğurucu kararı ile karşılaşsa, diğer paydaşlar mahkeme kararı ile malik olan üçüncü kişiye karşı yasal ön alım hakkı kullanabilecekler midir? Hemen belirtelim ki, Yargıtayımız bu soruya olumlu yanıt vermiştir²⁸. Ne var ki, Yeni Medeni Kanunun şuf'a hakkına ilişkin hükümleri karşısında sözünü ettiğimiz ihtimal bakımından şuf'a hakkının nasıl kullanılacağı önemli bir problemdir. Sözünü ettiğimiz Yargıtay kararı, Yeni Medeni Kanunun kabulünden önceki döneme ilişkindir. Bu konu, çalışma alanımızı doğrudan ilgilendirmediği için ayrıntıya girmek istemiyoruz.

²⁶ A. Arpacı, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984, s.62' den nakil.

²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age., s. 696.

²⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, age., s. 425, 984 numaralı dipnotunda anılan Yargıtay kararları.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

V. Sonuç

Buraya kadar yapılan açıklamalar göstermiştir ki, gayrimenkul mülkiyetinin özellikle gayrimenkul satış vaadinin ifa edilmemesi dolayısıyla mahkeme kararı ile kazanılması konusu tatbikat açısından son derece önemlidir. Bu konunun oldukça yoğun tatbikatı vardır. Uygulamada daha çok yapımı henüz bitmemiş bağımsız bölümlerin satılması ihtiyacı belirlemekte, bu ihtiyaç da satış vaadi yoluna başvurulmak suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır. Öte yandan, satış vaadi alacaklılarının vaad borçlusunun temerrüde düşmesi halinde ilgili gayrimenkule kavuşmak için sahip oldukları hukuki imkânları bilmelerinde büyük yarar olduğu açıktır. Bundan başka, mülkiyeti mahkeme kararıyla kazanan kişilerin açıklayıcı tescili bir an önce yaptırımlarında da büyük menfaatleri vardır.

İşte, buraya kadarki açıklamalarımızla, çok fazla ve önemli tatbikatı olan bu konuyu yakından görmek ve göstermek amacını izlemiş bulunuyoruz.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

ARPACI, Abdülkadir: Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984.

ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2002.

GÜRSOY, Kemal Tahir/ EREN, Fikret/ CANSSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2006.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Hâluk/ ALTOP, Atillâ: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt 1, 5.Bası, İstanbul 1989.



SİĞINMA TALEBİ İLE İNSANİ KORUMA TALEBİNİN REDDİ KARARLARININ BİRLİKTE TEMYİZ EDİLMESİNE İLİŞKİN BİRLEŞİK KRALLIK YÜKSEK ADALET MAHKEMESİ TEMYİZ (HUKUK DAİRESİ) KARARI
(JUDGMENT OF THE HIGH COURT OF JUSTICE CONCERNING JOINT APPEAL AGAINST THE DECISION OF REFUSAL OF ASYLUM AND HUMANITARIAN PROTECTION REQUEST)

Çeviren / Translated by
Av. / Aal. Emrah EKŞİ*

ÖZET

Karar, yabancıнын, sığınma talebinin yanı sıra insani koruma da talep etmesi halinde, İngiliz İçişleri Bakanlığı tarafından sığınma talebi reddedilip İngiltere’de bir yılı aşkın bir süre kalmasına izin verilirse, sığınma isteminin reddi kararına karşı temyize başvurulması halinde temyiz incelemesinin kapsamına insani koruma talebinin de girip girmeyeceğine ilişkindir.

Anahtar Kelimeler: Sığınma, insani koruma, Vasıf Yönergesi, ikincil koruma.

ABSTRACT

The question of law raised by in this judgment is whether, if a person has made a claim for asylum and both that claim and his related claim for humanitarian protection have been rejected by the Secretary of State but he has been given leave to enter or remain in the United Kingdom for over a year, any appeal against those refusals of the Secretary of State has to be confined to the asylum claim or can include an appeal in relation to the claim for humanitarian protection.

Keywords: *Asylum, humanitarian protection, Qualification Directive, secondary protection.*

Birleşik Krallık
Yüksek Adalet Mahkemesi
Temyiz (Hukuk Dairesi)
Dava No: C5/2008/2129

İltica Göç Mahkemesi Göç Hakimi Lobo & Göç Hakimi Cohen
Tarafından Verilen Kararın Temyizi

Hakimler:

Pill Longmore ve Sullivan

Temyiz Eden: FA (Irak)

Karşı Taraf: İçişleri Bakanlığı

* İstanbul Barosu Avukatlarından, e-posta: emraheksi53@hotmail.com

Temyize başvuramı temsilen İltica ve Sığınma Kurumu tarafından
yetkilendirilen
Bay Raza Husain & Bay Nick Armstrong
Davalıyı temsilen Hazine tarafından yetkilendirilen Bay Alan Payne
Duruşma Günü: 20 Mayıs 2010

Giriş

1. Temyizdeki hukuki sorun, sığınma talebinde bulunan bir kişinin, sığınma talebi ve buna bağlı olarak yaptığı insanı koruma talebi, İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilmesine rağmen kendisine bir yıldan fazla süreyle İngiltere'ye girme ve oturma izni verilmişse, İçişleri Bakanlığının her iki red kararına karşı yapılan temyiz sadece sığınma talebi ile sınırlı mıdır yoksa insanı korumayı da kapsar mı hususuna ilişkindir.
2. Irkı, dinî, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişi mültecidir ve dolayısıyla sığınma hakkı vardır (Cenevre Konvansiyonu md. 1).
3. Mülteci statüsü almaya muktedir olmayan bir kişi, ülkesine döndüğünde ciddi zarar görme gerçek riski ile karşılaşacağına ve bu risk sebebiyle kendi ülkesinin korumasından yararlanmak istemeyeceğine veya yararlanamayacağına ilişkin inandırıcı belirtiler varsa, 2004/83/EC Vasıf Yönergesi uyarınca "ikincil koruma" alabilir. Bu, Yönergenin 18. maddesi ile 2. madde kapsamında ikincil korumadan yararlanacak kişinin yani ülkesine geri dönerse ciddi zarar görme gerçek riski ile karşılaşacak kişi tanımının birleşiminin bir sonucudur. Yönergenin 15. maddesine göre ciddi zarar
 - (a) ölüm cezasını veya infazını; veya
 - (b) başvuranın, ülkesinde işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele ya da cezaya maruz kalmasını; veya
 - (c) sivillerin hayatına yönelik ciddi ve bireysel tehdidi veya iç ya da uluslararası silahlı çatışma hallerinde kişiye yönelik ayırım gözetmeyen şiddeti ifade etmektedir.
4. Yönerge'deki hükümler, "insanı koruma" başlığı altında Göçmenlik Kuralları'na dahil edilmiştir. Göçmenlik Kuralları'nın (bundan sonra kısaca "Kurallar" olarak anılacaktır) 339C paragrafı aşağıdaki gibidir:

"339C- Aşağıdaki şartları sağlayan bir kişiye Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı tarafından insani koruma verilebilir:

 - (i) Birleşik Krallıkta bulunuyorsa veya Birleşik Krallığın bir giriş limanına gelmişse;
 - (ii) Mülteci veya Uluslararası Korumaya Dahil Edilecek Şahıs (Vasıf) 2006 Tüzüklerinin 2. hükmü anlamında mülteci olarak tanımlanamıyorsa;
 - (iii) Söz konusu şahısın, geldiği ülkeye geri gönderilirse ciddi zarar görme gerçek riski ile karşılaşacağına ve bu ülkede, korunmaya muktedir olmadığına veya söz konusu risk sebebiyle koruma talep etmek istemediğine ilişkin esaslı sebeplerin olduğuna inanılmasını gerektiren sebeplerin olması; ve

(iv) insani koruma verilmesinin kapsamı dışında tutulmaması.

Ciddi zarar aşağıdaki hususları kapsar:

(i) ölüm cezası veya idam;

(ii) yasadışı öldürülme;

(iii) kişinin geri gönderileceği ülkede işkence veya insanlık dışı veya küçültücü muamele veya cezaya tabi kılınması;

(iv) sivillerin hayatına veya iç ya da uluslararası silahlı çatışma sebebiyle ayırım tanımayan şiddet sebebiyle kişinin hayatına karşı ciddi ve şahsı tehdit olması.

5. FA, eğer Irak'a dönerse, Yönergede ve Kurallarda tanımlandığı şekilde ciddi zarar görme gerçek riski ile karşılaşacağını iddia etmiştir. Sığınma talebini reddeden İçişleri Bakanlığının kararına karşı temyiz başvurusuna rağmen aynı anda temyizde bu talebi öne sürme hakkının olup olmadığı temel sorunu teşkil etmektedir.

6. İçişleri Bakanlığı, iç hukukumuzda yer alan hükümler uyarınca sığınma temyiz başvurusu aşamasında FA'nın bu iddiayı öne süremeyeceğini, fakat (eğer gerçekten böyle bir karar verilecekse) ülkeden sınırdışı edilmesine karar verilene kadar bekleme gerektiğini ifade etmiştir. FA, bu hususun, sığınma başvurusunun reddine ilişkin kararın temyiz incelemesi ile birlikte incelenebileceğini ve incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Maddi Vakıalar

7. FA, 21 Kasım 1991 tarihinde Kerkük-Irak'ta doğmuştur. 21 Ağustos 2007 tarihinde 15 yaşındayken refakatsiz çocuk olarak Birleşik Krallık'a gelmiştir ve sığınma başvurusu yapmıştır. İçişleri Bakanlığı, sığınma başvurusunu incelemiş ve aynı zamanda Kuralların 339C paragrafı uyarınca insani korumadan yararlanıp yararlanamayacağını da göz önüne almıştır. 9 Kasım 2007 tarihli yazıyla, sığınma talebi reddedilmiş ve FA'nın insani korumadan da yararlanamayacağına karar verilmiştir. Kuralların, 336. paragrafı uyarınca sığınma talebi reddedilmiş ve Kuralların 339F paragrafı uyarınca insani koruma talebi reddedilmiştir. Bununla beraber, refakatsiz çocuklarla ilgili İçişleri Bakanlığının politikası gereğince FA'ya, 17 yaş ve 16 aya ulaşacağı tarih olan 21 Nisan 2009 tarihine kadar Birleşik Krallık'a girme ve kalma konusunda takdiren izin verilmiştir. Kararın resmi bildirim, karara karşı temyiz yoluna başvurabileceğine ilişkin bir yazıyla ve temyize ilişkin bir form eşliğinde FA'ya mektupla yapılmıştır. FA'nın Birleşik Krallık'a girmesine ve oturmasına izin verilmesini gerektiren bütün sebeplerin ve bunun yanı sıra FA'nın Birleşik Krallık'tan sınırdışı edilmemesini veya Birleşik Krallık'tan ayrılmaya zorlanmamasını gerektiren bütün sebeplerin bildirimde belirtilmesini öngören "tek durak uyarısı" (one stop warning) başlıklı açıklama da mektuba eklenmiştir. Eğer bu sebeplerden herhangi biri mevcut olmasına rağmen bu sebep belirtilmemişse ve daha sonra İçişleri Bakanlığına yapılan başvuru sırasında buna dayanılmışsa herhangi bir red kararına karşı başvuran temyiz yoluna müracaat edemeyecektir.

8. FA temyiz yoluna başvurmuştur, fakat temyiz talebi göç hakimi *Jhirad* tarafından 28 Kasım 2007 tarihinde "sığınma sebepleri ve insani koruma sebepleri"ne istinaden reddedilmiştir. 21 Aralık 2007 Göç Yüksek Hakimi *Mather* kararın tekrar gözden geçirilmesini emretmiştir, çünkü göç hakimi *Jhirad*, Vasif Yönergesi ve Kuralların

339C paragrafı uyarınca ciddi zarar görme gerçek riskini değerlendirmemiştir. Mesele daha sonra göç hakimleri *Lobo ve Cohen*'in önüne geldiğinde, 23 Haziran 2008 tarihli kararlarında, FA'nın temyizinin 2002 Sığınma Göç ve Vatandaşlık Kanunu'nun (bundan sonra "2002 Kanunu" olarak anılacaktır) 83. maddesinin, sığınma başvurusuyla sınırlı olduğu sonucuna varmışlardır. Kararlarının 7. paragrafına aşağıdaki cümleyi eklemiştir:

"Temyiz eden, henüz Birleşik Krallık'tan sınırdışı edilmediğinden ve risk altında olmadığından insani koruma ya da insan haklarına istinaden şu anda temyize başvuramaz".

Yasal Hükümler

9. 2002 Kanunu yürürlüğe girmeden önce sığınma talebi reddedilmesine rağmen ülkede oturması için kendisine izin verilen başvuranın, karara karşı müracaat edebileceği bir yolu düzenleyen açık bir hüküm bulunmuyordu. 1993 Göç Temyiz Kanunu'nun 8. bölümü ülkeye girme hakkı reddedilen veya sınırlı süreyle ülkeye girmesine ve kalmasına izin verilen kişilerin yanı sıra İçişleri Bakanlığınca haklarında sınırdışı kararı verilen (ya da sınırdışı kararının kaldırılması reddedilen) kişilere ve ayrıca ülkeden çıkarılması için muhtelif yönlerde karar verilen kişilere, karara karşı başvuru hakkını vermiştir. Bu mahkeme, ne yazık ki, kişiye ülkede kalma izini verilse bile 1993 Kanunu'nun 8. bölümünü, sığınma talebi reddedilen kişiye red kararına karşı temyize başvuru hakkını verdiği şeklinde yorumlamamıştır, bkz. *Saad v Secretary of State for Employment* [2002] I.A.R 471.

10. Temyizdeki durum, 2002 Kanununda yer alan daha ayrıntılı hükümlerle açıklığa kavuşturulmuştur. 82. madde, 82(1) uyarınca temyize tabi olan bütün "göç kararları"nın listesini yapmıştır, bunlar arasında

"(d) ülkeye girme veya kalma izninin değiştirilmesi talebinin reddedilmesi
ve

"(g) Birleşik Krallık'ta yasadışı bulunanların ülkeden çıkarılmasına ilişkin olarak 1999 Göç ve Sığınma Kanunu'nun muhtelif bölümleri uyarınca kişinin Birleşik Krallıktan muhtelif şekillerde çıkarılmasına ilişkin bir kararın olması.

FA'nın durumunda olduğu gibi, eğer ülkeye girmesi ve ülkede kalması için bir yılı aşkın bir süreyle izin verilmişse 83. madde sığınma talebi reddedilen kişiye açıkça temyize başvuru hakkını vermektedir. 84. madde temyiz sebeplerini sıralamıştır:

"84 Temyiz Sebepleri

(1) 82(1). madde uyarınca, göç kararına karşı aşağıdaki sebeplerden biri veya birden fazlasına istinaden temyiz yoluna başvurulabilir:

(a) karar, göçmenlik kurallarına uygun değilse;

(b) karar, hukuka aykırıysa; 1976 Irk İlişkileri Yasası (c 74) [veya Irk İlişkileri Yasası (Kuzey İrlanda) Tüzüğü 1997'nin 20A maddesi] (kamu otoritelerinin ayrımcılığı)

(c) başvuranın, İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan haklarının ihlalini teşkil edecek şekilde (kamu otoriteleri İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı davranmaz), kararın, 1998 İnsan Hakları Kanunu'nun (c 42) 6. bölümü uyarınca hukuka aykırı olması;

(d) temyiz eden AEA (Avrupa Ekonomik Alanı) vatandaşı veya AEA vatandaşı bir ailenin üyesi ise ve temyiz edenin, Birleşik Krallığa girmeye veya oturmaya ilişkin Topluluk antlaşmalarından doğan haklarını ihlâl ediyorsa;

(e) karar, başka bir yönden hukuka aykırı ise;

(f) kararı alan şahısın, göç kurallarının verdiği takdir yetkisini farklı yönde kullanması;

(g) göç kararına istinaden temyiz edenin Birleşik Krallık dışına çıkarılmasının, Birleşik Krallığın Mülteci Konvansiyonundan doğan yükümlülüklerinin veya başvuranın İnsan Hakları Sözleşmesinden doğan haklarıyla bağdaşmayacak şekilde 1998 İnsan Hakları Kanununun 6. maddesinin ihlali sonucunu doğurması.

(2) (1)(d) maddesinde “AEA vatandaşı”, Oporto’da 2 Mayıs 1992 tarihinde imzalanan (zaman zaman uygulama alanı bulan) Avrupa Ekonomik Alanı Antlaşmasına taraf olan devletlerden birinin vatandaşı olma anlamına gelmektedir.

(3) Temyiz edenin Birleşik Krallık dışına çıkarılmasına ilişkin kararı, 83. madde uyarınca temyiz edilebilmesi, Birleşik Krallığın, Mülteci Konvansiyonundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde mümkündür.

İddialar

11. Temyiz eden adına Raza *Husain* aşağıdaki savunmayı yapmıştır:

i) 82, 83, 84(3) ve 86(3). maddelerinin, 2002 Kanununun 113. maddesindeki “sığınma talebi” tanımı ile birlikte yorumlanması halinde, İçişleri Bakanlığının “insani” koruma taleplerine –ki Yönerge kapsamında “ikincil” koruma ile aynıdır– ilişkin herhangi bir kararına karşı temyiz yoluna başvuru hakkı mevcuttur;

ii) Bu husus, eğer temyiz hakkı olmazsa ve “sığınma talebi” ifadesi insani koruma talebinin kapsamına dahil edilmezse, bu tür taleplerin, ülke içi temyiz hallerini belirleyen Kanunun 91. maddesinde yer alan istisnaların kapsamı dışında tutulmuş sayılması sebebiyle “ülke içi temyiz” olmayacağı düşüncesiyle de kuvvetlenmektedir. Bu, Vasıf Yönergesi ile sağlanan korumanın gerçek olmadığı anlamına gelmektedir;

iii) 94. madde kapsamında İçişleri Bakanlığının yetkisine ilişkin diğer bir destekleyici delil, ülke içi temyizi engellemek için sığınma talebi dayaktan yoksun kılınabilir. Sığınma talebi veya insan hakları talebini onaylarsa fakat dayanaksız olduğu için insani korumayı onaylamazsa onaylama yetkisini zayıflatmış olur;

iv) Esas iddialarının aksine, İçişleri Bakanlığının insani koruma kararına karşı temyiz yoluna başvurunun kabul edilmemesi halinde Avrupa Topluluğu hukuku denklik ilkesi (principle of equivalence) ihlal edilmiş olacaktır, çünkü sığınma başvurusuna ilişkin kararlar temyiz edilebilirken Vasıf Yönergesinin sağladığı korumaya ilişkin kararlar temyiz edilemeyecektir.

12. İçişleri Bakanlığı adına *Payne* aşağıdaki savunmayı yapmıştır:

i) 83 ve 84(3). maddelerdeki kavramlar, sığınma başvurusunun reddedildiği fakat ülkeye girme ve oturma için 12 aydan fazla süreyle izin verildiği sınırlı sayıda davada, temyizcinin sadece sığınma başvurusuyla sınırlı olarak yapılacağı anlamına gelmektedir;

ii) İçişleri Bakanlığının insani korumanın reddine ilişkin herhangi bir kararına karşı, eğer hukuki bir hata varsa veya karar makul değilse, kanun yoluna başvurulabi-

lecektir. Aynı hususun veya bağlantılı sorunların iki ayrı mahkeme tarafından gözden geçirilmesi sonucunu doğuran bir durak (one-stop) prensibine bir saldırı teşkil ettiği ölçüde, Parlatentonun kanunlaştırmayı yapmadaki bilgeliğini ve amacını sorgulamak mahkemenin sorunu değildir;

iii) FA rüşt yaşına ulaştığında ve ülkeden çıkarılmasına karar verildiğinde insani korumaya ilişkin herhangi bir sorunu dikkate alınacaktır (ve alınmalıdır). Irak'taki durum aydan aya değişmektedir ve bu hususun temyiz edilmesinin şimdilik bir anlamı da bulunmamaktadır;

iv) AB eşitlik prensibi ihlal edilmemiştir çünkü Vasıf Yönergesinden kaynaklanan talepler Konvansiyonun 2., 3. ve 8. maddelerine istinaden yapılan insan hakları talepleri ile aynı durumdadır. Bunlar da 83. madde uyarınca temyiz edilemez.

Yorum

13. Olayların çoğunda İçişleri Bakanlığının ve temyiz üzerine Göç ve Sığınma Mahkemesinin, sığınma taleplerini, insan hakları iddialarını ve (farklı oldukları ölçüde) insani koruma taleplerini aynı anda ve birlikte gözden geçirmesi mutadır. Temyiz başvurularının büyük bir çoğunluğu, 2002 Kanununun 82. maddesi uyarınca, gerçek bir göç kararı, bu maddede tanımlandığı bağlamda gerçekleştirilmektedir ve iltica hakkı veren mülteci olarak başvuranın statüsü sözkonusu göç kararına karşı yapılan temyiz esnasında değerlendirilmektedir. 83. madde, başvuranın sığınma müracaatının reddi kararına karşı temyiz hakkı veren tek maddedir ve yasal olarak, belirli bir göç kararına itirazdan farklı olarak "statü itirazı" olarak kategorize edilebilir. Ne yazık ki sınırlı bir hak; ilk olarak oniki aydan fazla bir süreyle ülkeye girme izni verilen şahıslarla sınırlıdır. Bu husus muhtemelen, İçişleri Bakanlığının herhalukarda yakın zamanda durumu yeniden gözden geçireceği hallerde, temyiz işlemi ile İçişleri Bakanlığının durumu yeniden değerlendirmesi işleminin aynı anda gerçekleşmemesini temin etmek için öngörülmüştür.

14. İkinci olarak, ülkeden çıkarma (tehdidinin), Mülteci Konvansiyonundan kaynaklanan ülkesel yükümlülüklerin ihlalini teşkil etmesi 84(3). madde uyarınca temyiz sebebidir. Buradaki sorun, *Husain*'in de ifade ettiği gibi, sözkonusu sebeplerin tek başına temyiz sebebi teşkil edip etmeyeceğidir. AB yönü saklı kalmak üzere, bu mevzuat kapsamında benim varacağım sonuç şudur; sadece bunlar meşru temyiz sebepleridir. Benzer bir sorun da ülkeden çıkarmanın İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan ülkesel yükümlülükleri ihlal ettiği gerekçesiyle temyize başvuru hakkının olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı şudur: böyle bir hak yoktur çünkü temyiz edenin, Mülteci Konvansiyonundaki haklarının yanı sıra 84(1)(c) ve/veya (g) bağlamında 82. madde uyarınca göç kararının temyizi açıkça öngörülmüştür. 84(3). madde kapsamında temyiz edenin haklarının Mülteci Konvansiyonu kapsamındaki haklarıyla sınırlanması, İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali halinde 83. madde uyarınca temyize başvuramayacağı anlamına gelmektedir. "Gerekli" kelimesi "sadece gerekli" anlamına gelmektedir ve başvuran bu sınırlı kategori hallerde, insani koruma talebinin reddedilmesi halinde temyize de başvuramayacaktır. Bu sorunlara bir çözüm olarak daima adli yargıya tabi olmak üzere, göç kararına kadar beklenilmesi (eğer bir karar alınır) ve bu karar bağlamında temyize başvurulması önerilebilir.

15. Buna göre, ben *Payne*'nin uygunluğun burada sözkonusu olmadığına ilişkin görüşünü kabul ediyorum. AB'nin görüşü saklı kalmak, üzere Parlamento insan haklarının veya insani korumanın 83. madde anlamında temyize konu olmayacağına karar vermişse yorum yapılmasına artık gerek yoktur. Aynı şekilde *Husain*'in 92 ve 94. maddelere ilişkin görüşleri doğru olsa bile üzerinde durulacak bir husus yoktur. Fakat ifade etmeliyim ki bunların doğru olduğunu da düşünmüyorum, çünkü insan hakları veya insani korumaya karşı temyiz mümkün olmasaydı, böyle bir temyiz (eğer olsaydı) ülke dışında veya içinde yapılması veya dayanaksız bulunup bulunmaması sorunu tamamıyla akademiktir.

AB'nin Durumu

16. Yukarıda varılan sonuç AB eşitlik prensibi üzerinde yapılan tartışmaların gözönünde bulundurulmasını gerekli kılmaktadır. Hiç şüphe yok ki Vasif Yönergesi Topluluk hukukunun bir parçası olarak doğrudan uygulanır. Daha önce de ifade ettiğim üzere, yönergenin etkisi Göç Kurallarına aktarılmıştır. Bununla beraber ayı derecede açıktır ki, Göçmenlik Kuralları Birleşik Krallığın hukukunu oluşturmaz. Bu Kuralların, İçişleri Bakanlığının göçmenlik konularındaki takdir yetkisini hangi yönde kullanacağını veya kullanmayacağını bir göstergesi olmaktan öteye bir konuları yoktur, bkz. *Odelola v Secretary of State* [2009] UKHL 25 [2009] 1 WLR 1230. Bu sebeple Vasif Yönergesinin resmi olarak Birleşik Krallığın mevzuatına tamamen aktarıldığı söylenmesi mümkün değildir. Doğrudan uygulanır olduğundan sonuç meselesi değildir.

17. Hakim görüşe göre, Vasif Yönergesi, Birleşik Krallığın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerinin esasına herhangi birşey eklememiştir. 15. maddenin hükümleri, görünürde, İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. ve 3. maddelerinden tamamen farklı değildir. Kuralların ilgili paragrafları, İçişleri Bakanlığının takdir yetkisini nasıl kullanacağı hususunda oldukça yeterlidir.

18. Bu durum, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Elgafaji* [2009] 1 WLR 2100 kararı sonucunda değişmiştir. Bu kararda, Mahkeme, 15(a) ve (b)'nin Sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri ile aynı içeriğe sahip olduğunu, 15(c) maddesinin ayrımcılık tanımayan şiddete ilişkin farklı durumları düzenlediğini, ayrımcılık tanımayan şiddetin belirli bir kişiyi hedef almadığında kişiye yönelik tehditten söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kararın sonuçları, bu mahkeme tarafından *QD and AH (Iraq) v Secretary of State* [2009] EWCA Civ 620 davasında değerlendirilmiştir ve şimdi 15. maddenin, İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. ve 3. maddelerinden daha geniş olduğu ve hangi kapsamda Birleşik Krallık da dahil AB ülkelerinde doğrudan uygulama alanı bulacağı daha açıktır.

19. İçişleri Bakanlığı adına *Payne*, FA'nın haklarının, Vasif Yönergesi ve Göçmenlik Kurallarının 339C maddesi uyarınca hakkında göçmenlikle ilgili karar verilirken İçişleri Bakanlığı tarafından değerlendirileceğini ve gerçekte bunların hiçbirinin olayla ilgili olmadığını ifade etmiştir.

20. *Husain*, AB hukukunun amacı bakımından bunun yeterli olmadığını ifade etmiştir. Eğer İçişleri Bakanlığı FA'nın sığınma talebi hakkında bir karar verseydi buna karşı temyiz yoluna başvurulabilirdi ve Bakanlık insani koruma talebi hakkında karar ver-

meyi seçebilirdi, o zaman denklik prensibi, bu karar hakkında da temyiz yoluna başvurulmasını gerektirmektedir.

21. Her bir üye devletin iç hukuk sistemi, Topluluk hukukundan kaynaklanan hakların korunmasını temin etmek amacıyla davalara uygulanacak kuralları kendisi belirler fakat bu kuralların iki şarta uygun olması yerleşik bir uygulamadır:

i) benzer iç davalarda uygulanan kurallardan daha az lehte olmamalıdır (denklik prensibi); ve

ii) Topluluk haklarının kullanılmasını imkânsız kılmamalı veya aşırı zorlaştırmamalıdır (etkililik prensibi).

Bkz. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed. sayfa 423.

22. Bu davada, denklik prensibi sözkonusudur. *Payne*, Vasıf Yönergesi ile verilen “ikincil koruma”nın iç hukuktaki eşdeğerinin Göçmenlik Kurallarının 339C. maddesindeki “insani koruma” olduğunu ve Kurallar kapsamında insani korumaya ilişkin bir karara karşı 2002 Kanununun 83. maddesi uyarınca kanun yoluna başvurulamayacağını, “ikincil koruma” kararına karşı kanun yoluna başvurulamamasının denklik prensibinin ihlalini teşkil etmediğini belirtmiştir.

23. Bu ifade, bana göre, yanıltıcıdır. Kurallarda öngörülen insani koruma Yönerge ile sağlanan ikincil koruma ile aynıdır. Kurallar, yasa dışı öldürme ve mahkeme kararıyla idamı da kapsadıklarından bir ölçüde daha geniş oldukları doğrudur ama bu yan bir meseledir.

23. Benzer talep, denklik prensibinin amacı açısından, Birleşik Krallığın Kurallarının sağladığı ikincil/insani koruma ile aynı değildir fakat Mülteci Konvansiyonu kapsamında uluslararası korumanın diğer türleri ile aynıdır. Bu hususta, temyiz hakkı verilirse Yönergenin ikincil ve Göçmenlik Kurallarının insani koruma olarak adlandırdığı hususlarda temyiz hakkı verilmelidir.

24. *Husain*'in de ifade ettiği gibi ikincil veya insani korumanın verilmesi, aile birleşmesi, eğitim, istihdam ve sosyal güvenlik açısından mülteci statüsünün verilmesiyle aynı sonuçları doğurmaktadır bkz. Yönergenin 23-24. maddeleri ile 26-28. maddeleri ve Kurallar 339Q, 344B ve 352FA, FD ve FG.

25. Bu, 2002 Kanununun bazı maddelerinin Vasıf Yönergesine atıfta bulunduğu şeklinde okunması anlamına gelmektedir fakat uyarlamaların yoğun olmaması gerekir. “Sığınma talebi”nin tanımı “ve/veya 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi” ifadesinin tanımının sonuna eklenmesi gerekmektedir ve bu ifadeler 84(3). maddenin sonuna da eklenmişlerdir. 2002 Kanununun 84(1)(g) maddesinde de benzer bir uyarlamanın yapıp yapılmamasına karar vermek gerekli değildir.

Sonuç

Bu sebeplerle temyize izin veriyorum ve insani koruma talebinin reddi kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun mahkemece incelenmesine karar veriyorum.

Lord Justice Sullivan:

27. Her iki hakime katılıyorum.

Lord Justice Pill:

28. *Longmore LJ*'nin, 29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/83/EC (“Vasıf Yönergesi”)’nin etkisi saklı kalmak üzere İçişleri Bakanlığının yasal yorumlarının tercih edilmesine ilişkin görüşüne katılıyorum.

29. Sığınma hakkı reddedilen şahsın yasal hakları uzun bir evrim geçirmiştir. 1993 Sığınma ve Göç Temyiz Kanununda, ülkede kalma izni verilen şahsın sığınma talebinin reddine karşı kanun yoluna başvurmaya ilişkin hüküm olmamasına rağmen red ile sonuçlanan göçmenlik kararına karşı kanun yoluna başvurma hakkı düzenlenmiştir. Özellikle sığınma başvurusunun reddedilmesi üzerine temyize başvuru hakkı, 1999 Göç ve Sığınma Kanununun 69(3). maddesindeki şartlara tabi olarak, verilmiştir fakat sığınma talep edenlerin mülteci statüsüne muktedir olup olmadıklarına ilişkin tarafsız bir değerlendirmeye erişimi hakkındaki adli ilgi devam etmektedir (*Saad, Dirye and Osorio v Secretary of State for the Home Department* [2001] EWCA Civ 2008). Bu statünün elde edilmesinde yarar vardır.

30. 2002 Göç İltica ve Vatandaşlık Kanununun (“2002 Kanunu”) 83. maddesi, bu gelişmelerin sonucunda yürürlüğe konulmuştur. Bu maddeye göre:

“(1) Bu bölüm, bir şahsın sığınma talebinde bulunması ve—

(a) İçişleri Bakanlığı tarafından talebinin reddedilmesi fakat

(b) bir yıldan fazla süreyle (veya tamamı bir yılı aşan sürelerle) Birleşik Krallık’a girmesine ve oturmasına izin verilmesi.

(2) Kişi, sığınma talebinin reddine karşı hakime [şimdi Göç ve İltica Mahkemesine] başvurabilir”

“Bir yıl” şartı, muhtemelen İçişleri Bakanlığının herhalukarda yakın zamanda statüyü yeniden gözden geçirmesi halinde temyize başvuruyu önleyecektir.

2002 Kanununun 113. maddesinin (1). paragrafının yorumuna göre:

“Bu bölümde, aksi anlaşılmadıkça—

“sığınma talebi”, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen bir yerde İçişleri Bakanlığına yapılan kişinin Birleşik Krallık dışına çıkarılmasının veya Birleşik Krallığı terke zorlanmasının Birleşik Krallığın Mülteci Konvansiyonundan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlalini teşkil edeceği iddiası anlamına gelmektedir”.

32. 2002 Kanununun 82. maddesi, önceki statü gereğince, “göç kararına” karşı mahkemeye başvuru hakkını öngörmektedir. Bu, kararların geniş bir yelpazesi içerir. 82(2). maddede tanımlandığı üzere, örneğin, giriş izninin reddini ve Birleşik Krallık dışına çıkarılma kararını kapsamaktadır, fakat sığınma talebinin reddin kararını kapsamamaktadır.

33. 2002 Kanununun 84(1). maddesi, 82(1). madde uyarınca göç kararına karşı yapılacak olan temyiz “aşağıdaki sebeplerden birine veya birkaçına istinaden yapılmasını” öngörmektedir. 83. madde uyarınca yapılacak olan temyiz başvuruları için eşdeğer hüküm 84(3). maddedir:

“Temyiz edenin, Birleşik Krallık dışına çıkarılmasının, Birleşik Krallığın, Mülteci Konvansiyonundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde 83. madde uyarınca temyiz yoluna başvurulabilir”.

34. Yasal yorumla ilgili olarak *Husain*’in dayandığı hususlardan biri de Vasıf Yönergesi sebebiyle Göçmenlik Kurallarında yapılan değişikliktir. 327. Kural uyarınca,

“sığınma başvurusu yapan”, Kurallar kapsamında mülteci olarak talep eden veya başka bir şekilde uluslararası koruma talep eden kişidir. Kurala göre “sığınma başvurusu” göreceli olarak yorumlanmalıdır. *Husain*, 2002 Kanunundaki “sığınma başvurusu”nun da aynı şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu ifadeyi kabul etmiyorum. 2002 Kanunundaki temel tanım, Kurallarda değişiklik yapıldı diye farklı şekilde yorumlanamaz.

35. İçişleri Bakanlığı adına yapılan savunmayı kabul ediyorum, 83. madde, sığınma temyiz başvurusu vermek amacıyla yasallaştırılmıştır. 83. maddenin hazırlık çalışmaları ve amacı “sığınma talebi”nin tanımının ve 83. maddedeki usulün, 84(3). maddedeki “gerekir” kelimesinin, kanaatime göre “yalnızca gerekir” veya “yalnızca yapılabilir” anlamında okunması gerekir. *Longmore LJ* nin vardığı sonuca katılıyorum. 2002 Kanununda yer alan sığınma başvurusunun tanımlandığı 113(1). maddede kullanılan kavramdan “aksi niyeti” çıkaramıyorum. İçişleri Bakanlığı adına *Payne*, bunun temyiz sonu olduğunu ileri sürmüştür. Temyiz edenin korumasız olmadığını çünkü ülkeden çıkarılmasına ilişkin karar verildiğinde ve verilirse 2002 Kanununun 84. maddesi uyarınca ikincil koruma talebinin reddine karşı mahkemeye başvurabilir.

36. Temyiz eden adına *Husain*, Vasıf Yönergesi sebebiyle 83. maddenin artık “ikincil koruma statüsünün” reddedilmesi halinde de Yönerge uyarınca temyiz hakkının olduğu şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. *Husain, Tridimas, The General Principles of EU Law*, 2nd ed. sayfa 423’de tanımlanan, her bir üye devletin Topluluk hukukunun verdiği hakların korunmasını temin etmek üzere benzer ulusal davalarda uygulananlardan daha az lehe olmayan yargılama usulüne ilişkin kuralları koymalarını öngören ve *Tridimas, The General Principles of EU Law*, 2nd ed. sayfa 423’de tanımlanan denklik prensibine dayanmıştır. *Peterbroeck & Ors v Belgian State* (Case C-312/93, 14 Aralık1995) davasında bu prensip ifade edilmiştir. Hukuk Sözcüsü *Jacobs*’un, paragraf 17’deki ifadesi şöyledir:

“Topluluk kurallarının yokluğu halinde her bir üye devletin iç hukukunun, Topluluk haklarının doğrudan etkisini korunmasını temin etmek için yetkili mahkemelere ve yargılamaya usulüne ilişkin hükümleri belirlemekle görevli olduğu, AB Adalet Divanının içtihatları istikrar kazanmıştır, bunun için iki şartın yerine getirilmesi gerekir: benzer ulusal davalarda uygulananlardan daha az lehte olmamaları ve Topluluk hukukuyla verilen hakların kullanılmasını zorlaştırmamaları ya da imkânsız kılmamaları gerekir”.

37. AB Adalet Divanı tarafından verilen kararın 12. paragrafına göre:

“... mahkeme istikrarlı bir şekilde, Antlaşmanın 5. maddesinde yer alan işbirliği prensibi uyarınca üye devletlerin, Topluluk hukukundan doğrudan kaynaklanan hukuki korumayı kişilere sağlamakla yükümlü olduklarını ifade etmiştir. Konuya ilişkin Topluluk kuralları bulunmaması halinde, yetkili mahkemelerin belirlenmesi ve Topluluk hukukunun doğrudan etkisinden kaynaklanan hakları korumak üzere açılacak davalarda uygulanacak ayrıntılı usuli hükümlerin konulmasının her bir üye devletin ulusal mevzuatının görevidir. Bununla beraber sözkonusu kurallar, benzer iç davalarda uygulanan kurallardan daha az lehte olamaz ve Topluluk hukukunun verdiği hakların kullanılmasını imkânsız kılamaz veya zorlaştıramaz”.

38. *Husain*, Vasıf Yönergesi kapsamında ikincil koruma talebinin, Mülteci Konvansiyonuna etki tanıyan iç hukuk uyarınca yapılan mülteci başvurusuna önemli ölçüde

benzemesi sebebiyle denklik prensibinin uygulanması sonucunu doğurduğunu belirtmiştir. Yönergenin 2(g) maddesi iki talebin benzerliklerini göstermektedir:

“uluslararası koruma talebi, üçüncü ülke vatandaşının veya vatansızın üye devletten koruma talep etmesidir ki bununla mülteci statüsü ya da ikincil koruma statüsü talep ettiği anlaşılır ve farklı muamele göreceği Yönerge dışında kalan başka bir koruma talep etmediği kabul edilir”.

39. Vasıf Yönergesi, 2002 Kanunundan sonradır. Bu Kanun, değiştirilmiştir. Örneğin, 85(A) maddesi eklenmiş ve 86. madde değiştirilmiştir, fakat bu değişiklikler, Yönergenin gereklerini karşılamak amacıyla yapılmamıştır. Aksine, daha önce de ifade edildiği üzere, Göçmenlik Kurallarındaki değişiklikler, Yönerge üzerinde etkili etki yaratmak için yapılmıştır (HC395). Yönerge ikincil koruma statüsü diye bilinen bir statü oluşturmuştur. 2(e) maddesine göre:

“ikincil korumaya muktedir şahıs demek, mülteci olarak nitelendirilemeyen fakat üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız olan, menşe ülkesine geri dönerse ya da vatansız kişi durumunda ise önceden mutaden oturduğu ülkeye geri dönerse 15. maddede tanımlandığı üzere ciddi zarar görme gerçek riski ile karşılaşacağına inanılmasını gerektiren esaslı sebepler varsa ve risk sebebiyle kendi ülkesinin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen ve 17(1) ve (2). maddenin uygulanmayacağı şahıs anlamına gelmektedir”.

41. Vasıf Yönergesi üzerinde etki doğuran Kurallarda yapılan değişiklikler önemlidir, Yönerge kapsamında ikincil koruma statüsü talep eden şahıslara yapılacak olan muamelelerin mülteci statüsü talep edenlere yapılan muamele ile birçok yönden benzer olduğu ifade edilmiştir. Bir statü için yapılan taleplere, diğeri için yapılan taleplerle eşit muamele yapılmaktadır. “Başvuruların Değerlendirilmesi” başlığı altında Kuralların 339I, 339J, 339L ve 339M maddeleri, “bir şahsın sığınma talebi, insani koruma alma ya muktedir olması veya insan haklarını talep etmesi”yle ilgili olarak İçişleri Bakanlığına atıfta bulunmuştur.

42. “İkincil koruma” ifadesi, Yönergede kullanılmıştır ve “insani koruma” ifadesi, değişikliğe uğrayan Kurallarda kullanılmıştır, fakat taraflar, mevcut amaç bakımından kullanılan ifadelerin birbiriyle değiştirilebilir olduğu hususunda mutabıktırlar. 1998 İnsan Hakları Kanunu (“1998 Kanunu”) uyarınca yapılan bir talep ne ise “insan hakları iddiası” ifadesiyle de aynı şeyin ifade edildiği görülmektedir. *Payne*, Yönergeden değil, fakat 1998 Kanunundan kaynaklanan “insan hakları iddiası”nda bulunan şahıs için 2002 Kanununun 84(3). maddesi kapsamında temyiz hakkının olmadığına dayanmıştır. 1998 Kanununun yanı sıra Yönerge kapsamında koruma başvurusunda bulunan şahsın, yukarıda sözüedilen 2(g) maddenin son sözleri sebebiyle Yönergenin sağladığı korumada yoksundur.

42. Kural 339Q uyarınca, İçişleri Bakanlığı, tıpkı sığınma verildikten hemen sonra sığınma verilen kişiye Birleşik Krallıkta, bir Birleşik Krallık İkamet İzni vermekle yükümlü olduğu üzere, insani koruma verilen kişiye, insani koruma verildikten hemen sonra Birleşik Krallıkta bir Birleşik Krallık İkamet İzni (UKRP-United Kingdom Residence Permit) vermekle yükümlüdür. 344B Kuralı uyarınca İçişleri Bakanlığı, tıpkı sığınma verilen hallerde olduğu gibi, insani koruma verilen kişinin Birleşik Krallıkta işini ya da mesleğini yapmasına sınırlama getirecek şekilde şartlar öngöremez.

352 Kuralının muhtelif kısımlarında, tıpkı sığınma durumunda olduğu gibi, insani koruma verilen bir şahsın eşi veya partneri olarak ülkeye giriş talep eden şahsın yerine getirmesi gerekli olan şartlar düzenlenmiştir.

43. Muameledeki benzerlikler Vasıf Yönergesinde belirtilmiştir. Yönergenin 6. kısmına göre, bunun temel amacı, uluslararası koruma ihtiyacı olan şahıslar için bütün üye devletlerde mevcut olan asgari menfaat seviyesinin korunmasıdır. 24. kısmına göre, “ikincil korumanın kapsamı ve tanımı için asgari standartlar öngörülmelidir. İkincil koruma tamamlayıcı olmalıdır ve Cenevre Konvansiyonundan kaynaklanan mülteci korumaya ek teşkil etmelidir.

44. Yönergenin VII. Bölümü kapsamında, mülteciler için gerekli olan uluslararası korumanın kapsamı, ikincil korumaya muktedir olan şahıslar ile aynı değildir, örneğin, sağlık (madde 29) ve ikamet izni [başlangıçta mülteciler için 3 yıl ve ikincil koruma statüsünden yararlananlar için 1 yıl (md. 24)]. VII. Bölümde muhtelif alt başlıklar “mülteci statüsünden yararlananlar” ve “ikincil koruma statüsünden yararlananlar”la ilgilidirler, fakat birçok benzerlikler bulunmaktadır (md. 25 seyahat belgesi, md. 26 işe giriş, md. 27 eğitime erişim ve md. 28 sosyal güvenlik). İkincil koruma alanlar, mülteciler gibi “statü” sahibidirler ve bu statü beraberinde önemli hakları da getirmektedir.

45. *Longmore LJ*’nin 18. paragrafta ifade ettiği gibi, Yönergenin 15(c) maddesi [2(e) maddesinde sözü edilen] İnsan hakları Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesinden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir (*Elgafaji ECJ Case C-465/07*) [2009] 1 WLR 2100, paragraf 28 ve 43, *QD ve AH (Iraq) v Secretary of State* [2009] EWCA Civ 620).

46. Hangi ulusal iddiaların, topluluk hukukuna dayanan iddialarla karşılaştırılabilir olduğu yargılama sırasında belirlemek öncelikle mahkemelerin işidir (*Tridimas*, sayfa 425). *Payne*, Yönerge kapsamındaki bir talebin Mülteci Konvansiyonu kapsamında yapılan bir taleple benzer olmadığını ifade etmiştir ve 2002 Kanununun 83. maddesinin yorumu sonucunda ikisine yönelik farklı yaklaşımı makul kıldığını belirtmiştir. *Husain*, yönerge uyarınca korumadan yararlanma statüsü ve bu statünün sağladığı bir dizi hakkının önemini vurgulamıştır. Bunlar, mültecilere verilen haklarla benzerdir. İngiltere ve Galler hukuku, ikincil uluslararası koruma statüsüne muktedir olabilecek şahsı, bağımsız mahkeme tarafından statüsünün belirlenmesi hakkından yoksun bırakamaz. Bu hakkın kullanılması, 2002 Kanununun 82. maddesi kapsamında bir karar verilinceye kadar zorunlu olarak ertelenemez.

47. Mevcut ulusal mevzuatta da yer aldığı üzere bir mültecinin hakları ve Yönergede tanımlandığı üzere ikinci korumadan yararlanacak kişinin hakları, birçok yönden biriyle aynıdır. Benim kanaatime göre, mülteci olarak uluslararası koruma talep eden kişiye tanınan İçişleri Bakanlığının olumsuz kararına karşı bağımsız mahkemeye başvuru hakkının aynı şekilde uluslararası koruma talep eden kişiye de ulusal mevzuatta tanınmasının zorunlu kılınması benzerliği yeterli ölçüde sağlamaktadır. 83. maddenin, sığınma talep eden kişiye uygulandığı şekilde, Yönerge kapsamında ikincil koruma talep eden kişiye de uygulanabileceği şeklinde okunmalıdır. İlave etmeliyim ki, statülerdeki benzerlik Yönerge sonucunda Göç Kurallarında yapılan değişikliklerle de tanınmıştır. *Husain*’in, konuya ilişkin olarak yukarıda yaptığı açıklamayı kabul ediyorum.

48. Buna göre, *Longmore LJ* ile yapılan anlaşmada, temyize izin veriyorum ve destirilen Kurallarda kullanılan kavrama uygun olarak mahkemece insam koruma olarak tanımlanan talebin reddine ilişkin kararın temyizi talebinin mahkemece incelemesine karar veriyorum, Bu, Yönerge kapsamında ikincil koruma talebi anlamına gelmektedir.

- 1) Temyize, izin verilmesine,
 - 2) İnsanı koruma talebinin reddine ilişkin kararın temyiz incelemesini yapması için dosyanın ilk derece mahkemesi Göç ve Sığına Dairesi'ne gönderilmesine,
 - 3) Davalının, temyiz masraflarının %60'ni ödemesine, eğer kabul etmezse standart esaslara göre ayrıntılı olarak değerlendirme yapılmasına,
 - 4) Temyiz edenin, kamu tarafından karşılanan yargılama giderlerine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına,
 - 5) Temyize izin verilmesine ilişkin herhangi bir başvurunun 21 Haziran 2010 tarihinde saat 11:00'e kadar yapılmasına
- karar verilmiştir.



AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANI KARAR ANALİZİ –
“SEDA KÜÇÜKDEVECİ v SWEDEX GmbH & Co. KG.”¹
(ANALYSE DER ENTSCHEIDUNG DES EUGH –
“SEDA KÜÇÜKDEVECİ GEGEN SWEDEX GmbH & Co. KG.”)

Av. / Aal. Ferhat YILDIRIM²

ÖZET

Avrupa Birliği Hukukunun kaynaklarından biri de yönergelerdir. Birlik hukukunda bir çok husus yönergeler vasıtası ile iç hukuka aktarılarak yasal zemin kazanmakta ve aktaran ülke hukuk düzeninde geçerli olmaktadır. Söz konusu kararın temelinde iç hukuka aktarılan yönergelerin dikey ve yatay olarak uygulanması, iç hukuk normu ile birlik yönergelerinin çatışması halinde üstün normun belirlenmesi yer almaktadır. Bahse konu karar ayrıca üstün normun uygulanmasında istinai hallerin belirlenmesi için de belirleyici bir nitelik taşımaktadır. Bu karar analizi ile Avrupa Toplu-luğu Adalet Divanı'nın daha önce vermiş olduğu Mangold kararındaki boşluklar da doldurulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Swedex, Küçükdeveci, yönerge, Mangold, 2000/78 AB Yönergesi, Alman Medeni Kanunu, Avrupa Adalet Divanı.

ABSTRACT

In dieser Arbeit wird das umstrittene Urteil des EuGH in der Rechtsache Küçükdeveci untersucht. Obwohl in diesem Urteil die nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mangold noch offenen Fragen beantwortet werden sollten, ist fraglich, ob und inwiefern dies auch gelungen ist.

Keywords: Swedex, Küçükdeveci, Richtlinie, Mangold, 2000/78 EG-Richtlinie, Bürgerliches Gesetzbuch, Gerichtshof der Europäischen Union.

A. KARAR BAŞLIĞI³

19 Ocak 2010 tarih ve C-555/07 no'lu karar ile Adalet Divanı, istihdam ve işte eşitlik ayrımı ilkesi yasağına ilişkin düzenlemenin somutlaştırıldığı 2000/78/EG⁴ yönergesi kapsamında iş ve meslekte eşitlik ilkesinin gelişimi için getirilen düzenlemeleri ele almış ve 25 yaş öncesinde iş yerinde geçirilen sürenin ihbar sürelerinin hesaplanma-

¹ Kararın orjinal metni için bkz. <http://curia.europa.eu/> (Orjinal metin Almanca: Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG-EuGH Urteil vom 19. Januar 2010 Rs. C-555/07).

² İstanbul Barosu Avukatlarından; Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi (Universität Wien – Juridicum, Dissertant), e-posta: yildirim88@msn.com

³ Bkz. <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=40049> (21. Mai 2011)

⁴ Richtlinie 2000/78/EG, des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

sında gözardı edilmesinin birlik hukuku genel ilkelerine aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir.

B. OLAY

Davacı Bayan *Küçükdeveci*⁵, 12 Şubat 1978 doğumludur. 4 Haziran 1996'dan beri davalı şirket olan *Swedex GmbH & Co. KG*⁶ (*Swedex*) da çalışmıştır. 19 Aralık 2006'da yazılı fesih yolu ile, ki fesih süresinde davacı Bayan *Küçükdeveci* 28 yaşındadır, davalı şirketteki iş akdi sona erdirilmiş ve fesih süresi olarak da kendisine 31 Ocak 2007 tarihine kadar mehil verilmiştir. İşveren, somut olayda davacı Bayan *Küçükdeveci*'nin 10 yıllık çalışma geçmişinin olmasına karşın fesih süresi olarak kendisine 1 aylık süre tanımıştır. Bu fesih işlemi üzerine davacı Bayan *Küçükdeveci* Mönchengladbach İş Mahkemesinde davalı şirket aleyhine dava açmıştır. Davacı, somut olayda 1 aylık ihbar süresinin hukuka aykırı olduğunu, 10 yıllık çalışma süresinin karşılığı olan 4 aylık ihbar süresinin kendisi açısından uygulanması gerektiğini savunmuş ayrıca, Alman Medeni Kanunu md.622/2 c.2⁷ uyarınca bir iş yerinde 25 yaş öncesinde geçirilen istihdam sürelerinin dikkate alınmamasının birlik hukukunu ihlal ettiğini, durumun yaş nedeni ile ayrımcılık oluşturacağını iş bu nedenle de bu hükmün uygulanmasının söz konusu olmayacağını savunmuştur. Yerel Mahkemenin kararı neticesinde dava üst mahkeme olan Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesine götürülmüş ve Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi, yargılama esnasında Adalet Divanının ön kararı⁸ (*Vorabentscheidungsersuchen*) için şu soruları yöneltmiştir;

1) a-BGB⁹'de düzenlenen istihdam sürelerine göre fesih sürelerinin kademeli olarak artmasının meşru bir sebep teşkil edip etmeyeceği sorunu;

b-Alman Medeni Kanunu'nda fesih (ihbar) sürelerinin hesaplanmasında 25 yaşlık bir sınırın -25 yaşından önce iş yerinde geçirilmiş istihdam sürelerinin dikkate alınmamasının- meşru bir durum olup olmadığı ve bu durumun ayrımcılık yaratıp yaratmadığı hususu;

2) § 622 BGB hükmü yaş nedeni ile ayrımcılık yaratmakta mıdır? Yaş nedeni ile ayrımcılığın varlığından bahsederken birlik hukuku genel ilkeleri mi yoksa direktif hükümleri mi esas alınacaktır? Birlik hukuku ile çelişen ulusal bir hükmün varlığı

⁵ Bayan Küçükdeveci Alman vatandaşıdır.

⁶ Swedex Almanya'da kurulu yiyecek sektöründe faaliyet gösteren bir işletmedir.

⁷ § 622 BGB (1) *Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. (2) Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen 1. zwei Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats, 2. fünf Jahre bestanden hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats, 3. acht Jahre bestanden hat, drei Monate zum Ende eines Kalendermonats, 4. zehn Jahre bestanden hat, vier Monate zum Ende eines Kalendermonats, 5. zwölf Jahre bestanden hat, fünf Monate zum Ende eines Kalendermonats, 6. fünfzehn Jahre bestanden hat, sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats, 7. zwanzig Jahre bestanden hat, sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.*"

⁸ § 234 EG.

⁹ Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

halinde hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı ve böyle bir durumda ulusal mahkemelerin rolü meselesi.

C. DAVACININ TALEPLERİ

Davacı Bayan *Küçükdeveci*, davalı şirkette 10 yıldan beri çalışmış olup, 10 yılın sonunda işine son verilmesinde, kendisine tanınan ihbar süresinin hukuka aykırı olduğunu savunmuştur. Bayan *Küçükdeveci* bu savunmasında 25 yaşından önceki çalışma sürelerinin de fesih süresinin hesabında dikkate alınması gerektiğini belirterek somut olaya 10 yıllık çalışma süresinin karşılığı olan 4 aylık fesih süresinin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Davalı şirketin uygulamasının birlik hukukuna açık şekilde aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür¹⁰. Genel olarak, davacı talebinde BGB hükmüne göre 25 yaş öncesinde iş yerinde geçirilen sürelerin ihbar süresinin hesaplanmasında dikkate alınmamasının ayrımcılık yaratacağını ve bu durumun birlik hukukuna aykırılık teşkil ettiğini beyan ederek, 3 yıllık çalışma karşılığı olan 1 aylık fesih süresi (31.01.2007) yerine 10 yıllık çalışmaya karşılık gelen 4 aylık fesih süresinin (30.04.2007) somut olayda uygulanması gerektiğini talep etmektedir.

D. DAVALININ TALEPLERİ

Davalı taraf ise, davanın reddini savunarak, davacının taleplerinin hukuka aykırı olduğunu savunmuştur. Davalı BGB 622. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre 25 yaşından önceki çalışma sürelerinin fesih sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı hükmüne dayanarak davacının işine son verdiğini ve işten çıkarma tarihinde 28 yaşında olan davacının, aynı iş yerinde 25 yaşından önce geçirdiği istihdam sürelerinin dikkate alınmayarak 3 yıllık istihdam süresine karşılık gelen 1 aylık (31.01.2007) fesih süresinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

E. SAVCININ¹¹ (GA) GÖRÜŞÜ ve ADALET DİVANININ (EuGH) KARARI

Bu başlık altında *Küçükdeveci* davası ile ilgili olarak Eyalet İş Mahkemesinin Adalet Divanına¹² yönelttiği sorular esas alınarak hem savcı hem de Adalet Divanının görüşleri ve verdikleri kararlar karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Savcı davaya konu olan olayla ilgili olarak kendi görüşünü 7 Temmuz 2009 tarihinde, Adalet Divanı ise, 19 Ocak 2010'da bildirmiştir

1) a- BGB'de düzenlenen istihdam sürelerine göre fesih sürelerinin kademeli olarak artmasının meşru bir sebep teşkil edip etmeyeceği sorunu;

GA:Savcı § 622 BGB'de getirilen ve iş yerindeki istihdam süresine göre ihbar süresinin hesaplanmasına ilişkin düzenlemeyi uygun görmektedir. Şöyle ki, yasada yer alan düzenleme 2000/78 direktifi § 6/1 kapsamında meşru sayılabilecektir. Kişinin istihdam süresinin uzunluğuna bağlı olarak artan ihbar süresinin asıl amacı işçiyi korumaktır. Uzun süreden bu yana işverenin yanında çalışan bir işçinin iş akdi feshedilirse, uzatılmış fesih süreleri, işçiye yeni iş arama hususunda kolaylık sağlayacaktır.

¹⁰ EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 15.

¹¹ Generalanwalt (GA), çalışmada “Savcı” olarak çevrilmiş olup, doktrinde “Hukuk Sözcüsü” olarak da kullanılmaktadır.

¹² Europäisches Gerichtshof (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı).

Nitekim böyle bir durum 2000/78 direktifi kapsamında istihdam ve işgücü piyasası politikası çerçevesinde meşru bir hedef olarak sayılabilecektir.

EuGH: Mahkeme BGB’de düzenleme altına alınan ihbar sürelerinin kademeli olarak hesaplanması hususuna hiç değinmemiştir. Ancak mahkeme kararının geneli analiz edildiğinde, Adalet Divanının bu konu üzerinde savcı ile aynı düşünce içerisinde olduğu net şekilde anlaşılabilir. Nitekim işçinin iş yerinde geçirdiği sürenin uzunluğuna bağlı olarak ihbar sürelerinin kademeli olarak artması, açık şekilde işçiyi koruyan bir amaca hizmet etmektedir. Dolayısı ile bu durumun meşru bir sebep olarak Adalet Divanı tarafından kabulü söz konusu olmaktadır.

1) b- Alman Medeni Kanununda fesih (ihbar) sürelerinin hesaplanmasında 25 yaşlık bir sınırdan -25 yaşından önce iş yerinde geçirilmiş istihdam sürelerinin dikkate alınmamasının- meşru bir durum olup olmadığı ve bu durumun ayrımcılık yaratıp yaratmadığı hususu;

GA: Savcı, somut davada Bayan *Küçükdevecinin* 25 yaşından önceki istihdam sürelerinin dikkate alınmamış olması hususunu 2000/78 direktifi § 6/1 kapsamında yaş ayrımcılığına getirilebilecek bir istisna olarak görmemektedir¹³ ve bu durumun meşrulaştırılması için de geçerli ve uygun bir politika bulamamıştır. Bu çerçevede de ihbar süresinin hesaplanmasında 25 yaş öncesinde tamamlanan istihdam sürelerinin hariç tutulmasının o yaş açısından 2000/78 direktifi temelinde doğrudan ayrımcılık yarattığını savunmuştur. Savcı, § 622/2 BGB’nin 2000/78 direktifi ile çeliştiğini açıklamıştır. BGB, genç işçilerin işten çıkarılması durumlarında bunların korunma ihtiyaçlarının yaşlı işçilere göre daha önemsiz olduğunu savunmakta, bu durumu da yaşlı işçilerin ailevi sorumlulukları, bakmakla yükümlü oldukları kişiler vs. gibi çeşitli sebeplere dayandırmaktadır. İş bu sebeple BGB, mevcut durumun sosyal politik hedefte, personel esneklik yönetiminde, personel ve istihdam politikasında meşru bir amaç olarak görülebileceğini savunmaktadır¹⁴. Savcı ise, § 622 BGB’nin dayanağında yer alan genç işçilerin yaşlı işçilere göre daha kolay iş bulabilmelerini bu günkü koşullar altında kabul etmenin mümkün olmadığını dile getirmektedir¹⁵. Mevcut gerekçenin yasa tarihi olan 1926 yılı koşullarında kabul etmenin mümkün olabileceğini ancak bu günün koşulları altında böyle bir gerekçenin yaş nedeni ile sınırlama için meşru bir sebep olarak kabulünün mümkün olmayacağını vurgulamıştır. Bu nedenle de fesih sürelerinin hesaplanmasında 25 yaş öncesinin dikkate alınmamasının 2000/78 direktifi kapsamında meşru olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur.

EuGH: EuGH, GA görüşünün aksine personel yönetimi esnekliği, ve işsizlik gibi durumlarda genç işçilerin meşru politika hedefleri olarak daha hızlı bir şekilde

¹³ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 18: “[...] stelle eine gemeinschaftsrechtswidrige Altersdiskriminierung dar. Folglich dürfe diese innerstaatliche Vorschrift nicht angewandt werden” **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 43: “[...] meines Erachtens davon ausgegangen werden, dass damit ein beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitisches Ziel im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78 verfolgt wird.”; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn.45: “[...] meines Erachtens daher nicht die berufliche Eingliederung von jungen Arbeitnehmern im Sinne des Art.6 Abs.1 Unterabs.2 Buchst.a der RL 2000/78.”.

¹⁴ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 29-31.

¹⁵ **EuGH**, Rs.C-388/07, (*Age Concern England*), Slg. 2009, I-01569.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

tepki gösterdiklerini ve genç işçilerin yeni duruma daha hızlı adapte olarak, daha hızlı iş bulduklarını ve bu düşüncesini 2000/78 direktifi § 6/1 kapsamında geçerli politika hedeflerini kullanarak muhakeme etmiştir, ancak Adalet Divanı bu fikri savunmakla birlikte işten çıkarma anında yaşı ne olursa olsun, o iş yerine 25 yaş öncesinde giren tüm işçileri etkileyeceğinden amaca ulaşmada meşru bir amaç olarak kabul edilemeyeceğini belirterek, söz konusu durumun doğrudan ayrımcılık taşıyacağını kabul etmiştir¹⁶. Buna karşın savcı ise, hem içerik hem de amaç bakımından böylesi bir düzenlemenin doğrudan ayrımcılık¹⁷ yarattığını kanaatine varmıştır. Adalet Divanına göre buradaki yaş sınırının amacı, daha fazla bireysel ve mesleki hareketliliğe sahip olması beklenen genç işçilerin işten çıkarılması açısından oluşan yükü hafifleterek personel yönetiminde daha büyük bir esneklik sağlamaktır. Amaç meşru olabilmesine karşın, mevzuat bu amaca ulaşmak için yeterli değildir, işten çıkarma durumunda yaşı ne olursa olsun 25 yaş öncesinde işletmeye katılan tüm işçiler için bu ilkenin söz konusu olması, doğrudan ayrımcılığı yaratmış olmaktadır. Sonuç olarak Adalet Divanı önlemlerin orantısız olmasından ötürü yaş nedeni ile ayrımcılık yapmama ilkesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Nitekim mahkeme kararında da belirttiği gibi 2000/78 direktifi kapsamında işyeri ve istihdam politikası amacına ulaşmada kullanılan araçlar orantılı ve gerekli olmalıdır¹⁸.

2) § 622 BGB hükmü yaş nedeni ile ayrımcılık yaratmakta mıdır? Yaş nedeni ile ayrımcılığın varlığından bahsederken birlik hukuku genel ilkeleri mi yoksa direktif hükümleri mi esas alınacaktır? Birlik hukuku ile çelişen ulusal bir hükmün varlığı halinde hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı ve böyle bir durumda ulusal mahkemelerin rolü meselesi.

GA: Savcı yukarıda ki 1) b- sorusuna cevapta da bahsettiğimiz üzere söz konusu düzenlemenin meşru bir amaca hizmet etmemesi nedeni ile doğrudan ayrımcılık yarattığını düşünmektedir. Savcının bu konudaki görüşlerini yineleyecek olursak, “[...] ihbar süresinin hesaplanmasında 25 yaş öncesinde tamamlanan istihdam sürelerinin hariç tutulması o yaş açısından doğrudan ayrımcılık yaratmaktadır.” Savcı söz konusu olayın öncelikle yaş nedeni ile genel ayrımcılık yapmama ilkesi kapsamında ele alınmaktansa, direktif kapsamında somut olayın değerlendirilmesi gerektiğini savunmuş ve ayrıca mevcut hukuki ihtilafın direktifin iç hukuka aktarımı için öngörülen süresinin sona ermesinden sonra meydana geldiği hususunu da vurgulamıştır¹⁹. Savcı 2000/78 direktifini istihdam konularında yaş nedeni ile ayrımcılığın söz konusu olması durumunda uygulanması gereken yasal bir çerçeve olarak tanımlamıştır²⁰. Savcı bu düşüncesine dayanak olarak direktifin md.3/1(c) bendini “tüm özel kişiler için kamu

¹⁶ EuGH, Rs. C-555/07, Slg. 2010, (Küçükdeveci), Rn. 39,40 und 41.

¹⁷ Doğrudan ayrımcılığın tanımı için bkz., EuGH, Rs. C-555/07, (Küçükdeveci), Slg. 2010, Rn. 28 “[...] wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 der RL genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.”; EuGH, Rs. C-411/05, (Palacios de la Villa), Slg. 2007, I-8531, Rn. 50.

¹⁸ EuGH, Rs. C-555/07, Slg.2010, (Küçükdeveci), Rn. 29, 36 und 37; benzer karar için bkz., EuGH, Rs. 144/04, (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rn. 59-61, 64-65.

¹⁹ EuGH, Rs. C-555/07, (Küçükdeveci), Slg. 2010, Rn. 8, 9, 16 und 24; “Mahkeme Almaya'nın söz konusu yönergeyi en geç 2. Aralık 2006 tarihine kadar iç hukukuna aktarması gerektiğini belirtmiştir.”

²⁰ EuGH, Rs. C-555/07, (Küçükdeveci), Slg. 2010, Rn. 31-35.

alanında ve özel alanda...istihdam ve çalışma koşulları açısından, son olarak da işten çıkarma koşulları ve ödeme koşulları açısından geçerlidir." hükmünü göstermektedir²¹.

Savcı bunun dışında ayrımcılıkla mücadele amacına hizmet eden tüm direktiflerin ihtilaf oluşturan ulusal kanun hükümlerinin uygulanmasını önlemek amacı ile özel bireyler arasındaki hukuki ihtilaflarda yer alması gerektiğini de dile getirmiştir. Savcı *Mangold*²² kararına atıf yaparak, mahkemenin o kararda bireyler arasındaki hukuki ihtilaflarda uygulanmak üzere yaş konusunda ayrımcılık yapmama ilkesine izin verdiğini hatırlatmıştır. Bu çerçevede de 2000/78 direktifinin iç hukuka aktarımı için belirlenen sürenin sona ermiş olmasının yapılan ayrımcılığa karşı bireylerinin korumasını azaltacak bir etkiye sahip olmayacağını dile getirmiş ve ayrımcılık yapmama konusundaki yönetmeliklerin ayrımcılık yapmama ilkesinin rolü ve ayrımcılıkla mücadele nedeni ile doğrudan yatay etkinin bir istinası olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur²³. Bu çerçevede savcı, birlik hukukunun temel ilkeleri yerine 2000/78 direktifinin somut olayda ele alınması gereken yasal düzenleme olarak kabul etmiş ve söz konusu direktifin de ayrımcılıkla mücadele etmek adına bireyler arasında hukuki ihtilaflara uygulanmasına yani yatay doğrudan etkisinin istisnai olarak tanınabileceğini kabul etmiştir²⁴.

Savcı birlik hukukunun temel ilkeleri ile çelişen ulusal bir hükmün varlığı halinde ulusal hukukunun uygulanmasının göz ardı edilmesi gerektiğini savunmuş²⁵, birlik hukukunun önceliği ilkesinin önemini vurgulamıştır. Bu çerçevede de ulusal mahkemeler düzenli olarak topluluk mahkemesi olarak topluluk genel ilkesi ile çelişen bir ulusal hükmün varlığında ulusal mahkemenin görevinin topluluk hukukunun sınırsız kullanımını sağlamak ve bireylere verilen hakları korumak için ulusal hükümleri uygulamayacaktır. Nitekim bu ulusal mahkemeye görev olarak verilmiş bir yükümlülüktür²⁶.

²¹ EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rd. 32.

²² EuGH, Rs. 144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9982: Mangold Kararının sonuçları; a) Mahkeme yaş temelinde ayrımcılık yapmama ilkesini AB Hukukunun temel ilkesi olarak tanıdı; b) Mahkeme ulusal mevzuat ki, AB kapsamına giren, bu ilke ışığı altında incelenmelidir ve bu ilkelerin geçerliliğinin söz konusu olabilmesi için korumayı hedefleyen direktifin uygulanması süresinin bitimi koşulu aranmaz; c) İlkeye aykırı olan ulusal mevzuatın gözardı edilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, ulusal mahkemeler ayrımcılık yapmama ilkesi ile ters düşen ve uyumlu olmayan ulusal mevzuatı uygulamaktan kaçınılmalıdır; d) Sonuncu ve en önemli sonuç ise, mahkeme bu ulusal mevzuatın yok sayılması ya da uygulanmaması durumunu bireyler arasındaki hukuki ihtilaflarda da geçerli saymıştır.

²³ EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 70 (Aussicht des Generalanwalts); EuGH, Rs. C-91/92, (*Faccini Dori*), Slg. 1984" savcı GA topluluk hukukunun etkinliğinin artırılması adına yönergeleere yatay etki tanınması gerektiğini savunmuş ancak bu görüş EuGH tarafından kabul görmemiştir."; für die Quelle der Idee vom Generalanwalt vgl. EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 86: "[...] denn eine Abkehr von dieser Auffassung würde einen Bruch mit der dem Urteil Mangold zugrunde liegenden Logik darstellen."

²⁴ EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 31-35, 70; EuGH, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn.76.

²⁵ EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 87.

²⁶ Simmental Kararı gibi.

EuGH: Savcının görüşü gibi Adalet Divanı da Alman Medeni Kanununda yer alan düzenlemenin doğrudan ayrımcılık yarattığını, mevcut düzenlemenin amaç ve hedefinin ayrımcılık yapmama ilkesine hizmet etmediğini²⁷ ve birlik hukukunu ihlal ettiğini dile getirmiştir²⁸. Nitekim bu soruya 1) b- başlığı altında ayrıntılı olarak cevap verilmiş olup, Adalet Divanının bu konudaki düşüncesi ele alınmıştır.

İkinci olarak yaş nedeni ile ayrımcılık durumunun varlığına dayanak gösterilen hukuki kaynağın ne olduğu konusunda Adalet Divanının görüşüne baktığımızda ise, 2000/78 direktifinde de belirtildiği gibi ayırım gözetmeme (ortak eşitlik) ilkesini genel AB ilkesi olarak kabul etmiş²⁹ bu konuda *Mangold* kararı dışında Temel Haklar Şartnamesi³⁰ md.21/1 yaş nedeni ile ayrımcılık yapmama ilkesinin altını çizmiştir³¹. Direktifin yaş nedeni ile ayrımcılık yapmama hususunda sadece genel bir tanımlama verdiğini konuya ilişkin temel şartlardaki düzenlemenin ise hukuki kaynak olarak esas alınması gerektiğini³² ve genel ayırım yapmama ilkesinin direktif kapsamının ötesine geçen otonom bir uygulamaya sahip olduğunu vurgulamıştır. Adalet Divanı yine 2005 yılındaki *Mangold* kararında da yaş nedeni ile ayrımcılık yasağının varlığına karar vererek, bu yasağın birlik hukukunun temel ilkesi olarak kabul edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Nitekim *Mangold* davasında Adalet Divanı, 2000/78 direktifinin sadece istihdam ve meslekte eşit muamele ilkesi ve yaş nedeni ile ayrımcılık yapmama ilkesi ile ilgili olarak genel bir ifade vermekte olduğunu, yaş nedeni ile ayrımcılık yapmama ilkesinin AB hukukunun genel bir ilkesi olduğunu, bu ilkenin 2000/78 direktifine demirli olmadığını, orada sadece somutlaştırıldığını³³, bu nedenle de hukuki ihtilafa esas olarak genel şartnamenin 21/1 maddesi olan “yaşa dayalı herhangi bir ayrımcılık yasaktır” uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Adalet Divanı yaş temelinde ayrımcılık ilkesinin varlığının topluluk hukukunun genel ilkesi olarak görmesinde bu düzenlemenin çeşitli uluslararası belgelerden ve anayasal geleneklerden türetilmiş olmasını göstermektedir³⁴. Küçükdeveci davasında işverenin kamu otoritesi bulunmamaktadır, bu nedenle somut olay bireyler arasında vukuu bulan bir hukuki ihtilaf kaynaklıdır. Bu çerçevede mahkeme savcının görüşünden farklı olarak somut olaya uygulanması gereken hukuki kaynağın 2000/78 direktifi değil birlik hukukunun temel

²⁷ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 29.

²⁸ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 45: “[...] dass die fragliche nationale Regelung gegen Unionsrecht verstößt [...]”.

²⁹ **EuGH**, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn. 74-75; § 1 2000/78/EG; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 20-21 und 50; **EuGH**, Rs. 43/75, (*Defrenne*), Slg. 1976, Rn. 54; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 74 und 79.

³⁰ Şartname ilk olarak 7. Aralık 2000’de Nizza’da törensel olarak ilan edildi (ABl. C 364, S.1), daha sonra 12. Aralık 2007’de Strasbourg’da yenilendi (ABl. C 303, S.1).

³¹ **EuGH**, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn. 76; **EuGH**, Rs. 555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn.75.

³² **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 27.

³³ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 50.

³⁴ **EuGH**, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn. 74; **EuGH**, Rs. 555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 74: “[...] das grundsätzliche Verbot dieser Formen der Diskriminierung, wie sich aus dem ersten und dem vierten Erwägungsgrund der RL ergibt [...]”; **EuGH**, Rs. 555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 20.

ilkeri kapsamındaki düzenlemeleri hukuki kaynak olarak göstermiştir³⁵. Oysa ki, yukarıda bahsettiğimiz üzere savcı somut olayda 2000/78 direktifinin hukuki kaynak olarak doğrudan uygulanması gerektiğini savunmuştur. Mahkemenin savcının görüşüne katılmama nedeni, daha önceki içtihatlarında da sıkı şekilde istikrarını korumaya çalıştığı “yönergelerin bireyler arasında uygulanması söz konusu olamaz- horizontale Direktwirkung der Richtlinie”³⁶ ilkesinin varlığıdır. Adalet Divanı, yönetmelikler için geçerli olan bu yatay uygulama yasağı hususuna olası bir muafiyet tanınması gerektiğini ele almamış hatta bu konu ile ilgili olarak da kararda bahsetmemiştir, ancak mahkeme, bu içtihadı ile, bireyler arasındaki hukuki ihtilafa temel ilke hükümlerini uygulayarak, yatay doğrudan etkinin uygulanması yasağı kuralını yasal yollarla ekarte edilebileceğini düşünerek, yatay doğrudan etki yasağına karşı alternatif bir çözüm ortaya koymuştur³⁷. Böylece mahkeme alternatif çözüm olarak “dolaylı etki ilkesi”nin yorumuna önem vermiştir³⁸.

Ulusal hükümle birlik hukukunun çelişmesi durumunda öncelikle uygulanması gereken hukuk normalarının hangisi olması gerektiği hususunda ise mahkeme, somut olaya ilişkin olarak, BGB’nin ilgili hükmünün birlik hukuku ile çeliştiği durumlarda ve birlik hukuku ilkelerini ihlal ediyorsa, ulusal hükümlerin gözardı edilebilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. İç hukuksal düzenleme AB hukukunu ve temel şartları ihlal etmesi durumunda hakim, bu hükümlerin uygulanamaz olduğuna tek başına karar verebilecektir. AB hukukunun üstünlüğü ilkesi kapsamında, yaş nedeni ile ayrımcılık yapmama ilkesinde AB hukukuna ters düşen ulusal mevzuatın uygulanamaz olması söz konusudur. Nitekim *Küçükdeveci* davasında da BGB düzenlemesinin AB hukukunun temel ilkelerine ilişkin düzenlemelere açık şekilde aykırılık taşınması nedeni ile uygulanabilirliği söz konusu olamaz³⁹. Adalet Divanı, *Küçükdeveci* davasında, 2000/78 direktifinde ifade bulan AB Hukuku ve yaş temelinde ayrımcılık yapmama ilkesinin ulusal mevzuatı engelleyen şekilde yorumlanması gerektiğine kanaat getirmiştir. Dava konusu olayda, yaş nedeni ile ayrımcılık birlik hukukuna aykırı bir düzenlemedir. Yaş nedeni ile ayrımcılık yasağı, birlik hukukunun önceliği ilkesi temeline dahil olduğun-

³⁵ *Küçükdeveci* ve daha önceki *Palacios de La Villa* davaları birbirleri ile benzerlik göstermesine karşın birbiri ile tezat içerisindedir. Her iki davada da yatay konuda (2000/78/EG) bir ihtilaf söz konusu idi. Ancak *Palacios de La Villa* davasında mahkeme ayrımcılık yapmama genel ilkesinin doğrudan kural olarak uygulanmasından kaçınmış sorunu 2000/78 direktifi temelinde ele almıştır. *Palacios de La Villa* davasındaki uygulama *Küçükdeveci* davasında GA Bot’un savunduğu fikir ile örtüşmektedir.

³⁶ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 46: “Zu Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine RL nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die RL als solche nicht möglich ist”; **EuGH**, Rs. C-152/84, (*Marshall*), Slg. 1986, Rn.48; **EuGH**, Rs. C-91/92, (*Faccini Dori*), Slg. 1994, Rn.20; **EuGH**, Rs. C-192/94, (*El Corte Inglés SA*), Slg. 1996, I-1281, Rn.16-17; **EuGH**, Rs. C-201/02, (*The Queen Transp.*), Slg. 2004, I-723, Rn.56; **EuGH**, Rs. 397-403/01, (*Pfeiffer*), Slg. 2004, I-8835, Rn. 108-109; **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 65: “[...] Der Gerichtshof bleibt dabei, dass er eine horizontale unmittelbare Wirkung der RL nicht anerkennt. [...]”.

³⁷ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 58.

³⁸ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 45, 47 und 51.

³⁹ **EuGH**, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 43.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 2 (2011) - YÜHFD Cilt: IX Sayı: 1 (2012)

dan buna ilişkin bir ihlal birlik hukukunun ihlali olarak değerlendirilebilecek ve birlik hukukuna aykırı olması nedeni ile uygulanması söz konusu olamayacaktır.

Diğer bir husus olan ulusal mahkemelerin rolü konusunda, Adalet Divanı, direktiflerin yatay doğrudan etkisine alternatif olarak dolaylı etki görevini ve bu konuda ulusal korumanın sağlanması adına ulusal mahkemenin görevini vurgulamıştır⁴⁰. Adalet Divanı, Alman Ulusal Mahkemelerinin tutumuna yönelik olarak, şayet ulusal yasa metinleri birlik hukuku ile çelişiyor ve birlik hukuku kurallarını ihlal ediyorsa, ulusal mahkemeler ulusal mevzuat hükümlerini uygulamayı reddetmeye mecburdur. Nitekim birlik hukuku ilkeleri ulusal ilkelerden daha üstün ve güçlüdür. Mahkeme ulusal mahkemenin sorumluluklarına vurgu yaparken, ulusal mahkemenin ulusal hukuku tutarlı bir şekilde yorumlamakla mükellef olduğuna ve bu yorumda da sadece ifade değil aynı zamanda sistematik bütünleşmenin de dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmiştir⁴¹.

Ulusal yargı organları, direktif ile hedeflenen amacı gerçekleştirmek adına iç hukuk düzenlemelerini direktif hükümleri doğrultusunda yorumlamakla mükelleftir⁴². Yargı organları böylece iç hukuka aktarılan direktif ile ulusal hukuk normalarının çatışması durumunda direktiflere öncelik vererek iç hukuk normunu bu direktif çerçevesinde yorumlamalıdır. Ulusal mahkemelerin ulusal hükümleri direktifler ışığı altında olabildiğince yorumlaması gerekliliğine⁴³ “**yorumlama doktrini**” yada “**dolaylı etki doktrini**” adı verilmektedir. Somut kararda Adalet Divanı, ulusal mahkemenin rolü ile ilgili olarak, onun, 2000/78 direktifinde somut hale getirildiği üzere, yaş nedeni ile ayrımcılık yasağı hakkında hukuki bir ihtilafla ilgili olarak sorumluluklar çerçevesinde hukuki korumayı sağlamak ve birlik hukukunun tam etkinliğini sağlamak için önlemler almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir⁴⁴.

⁴⁰ EuGH, Rs. 106/77, (*Simmenthal*), Slg. 1978, Rn.21; EuGH, Rs. C-144/04, (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981, Rn. 77 und 78.; EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 45 und 48; EuGH, Rs. 14/83, (*Colson Kamman*), Slg. 1984, Rn. 26; EuGH, Rs. C-106/89, (*Marleasing SA*), Slg. 1990, I-4135, Rn. 8; EuGH, Rs. C-91/96, (*Faccini Dori*), Slg. 1994, I-3325, Rn. 26; EuGH, Rs. C-397/01 bis C-403/01, (*Pfeffer*), Slg. 2004, I-8835, Rn.113-111; EuGH, Rs. C-268/06, (*Impact*), Slg. 2008, I-2483, Rn. 42.; EuGH, Rs. 555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 72.

⁴¹ EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 24.

⁴² EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Rn. 48; EuGH, Rs. 14/83, (*Colson Kamann*), Slg. 1984, Rn. 26; EuGH, Rs. C-106/89, (*Marleasing*), Slg. 1990, I-4135, Rn. 8; EuGH, Rs.C-91/96, (*Faccini Dori*), Slg. 1994, I-3325, Rn. 26; EuGH, Rs. C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*), Slg. 1997, I-7411, Rn. 40; EuGH, Rs. C-397/01 bis C-403/01, (*Pfeffer*), Slg. 2004, I-8835, Rn. 110 und 113; EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 24: “*die RL könne nahe der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Ausgangsverfahren keine unmittelbare Wirkung entfalten. Unter Hinweis auf zwei kürzlich ergangene Urteile des Gerichtshofs, in denen festgestellt und erläutert werde, dass die nationalen Gerichte zur konformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet seien.*”; EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010, Schlußanträge des Generalanwalts, Rn. 59.; EuGH, Rs. C-378/07 bis C-380/07, (*Angelidaki*), Slg. 2009, Rn. 197.

⁴³ EuGH, Rs. 14/83, (*Colson Kamann*), Slg. 1984 (Van Colson).

⁴⁴ EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg.2010, Rn. 45, 47 und 51.

F. SONUÇ VE KANAAT

Adalet Divanının bahse konu içtihadının mevcut soruna tam anlamı ile çözüm getirmiş olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Konuya ilişkin şahsi kaanat, yukarıdaki sorular baz alınarak açıklanacaktır.

İlk olarak ulusal düzenlemelerin, iş yerinde geçirilen süreler ile orantılı olarak ihbar süresinin artması hususundaki düzenlemesi konusunda, ilgili bölümde bahsettiğimiz üzere, bu uygulama hem Adalet Divanı hem de savcı tarafından uygun görülmektedir. Bahse konu durum ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemeyecek bir düzenlemedir. Buradaki hedef işçiyi korumaktır. Böylelikle, bir işçi iş yerinde ne kadar süreden beri çalışıyorsa o süre ile orantılı şekilde ihbar süresine hakkı olması işçiyi koruma adına meşru bir amaç olarak değerlendirilebilecek ve mevcut durum herhangi bir ayrımcılık yasağı olarak yorumlanamayacaktır. Bahse konu kararda da hem Adalet Divanı hem de savcı, istihdam süresinin uzunluğu ile doğru orantılı olarak artan ihbar sürelerinin mevzuatta yer alması hususunu meşru bir amaç olarak görebileceği durumun ayrımcılık teşkill etmeyeceği kanaatine varmışlardır.

İkinci husus, BGB'deki düzenlemenin yaş nedeni ile ayrımcılık yaratıp yaratmadığı sorundur ki, bu konuda BGB düzenlemesinin açık şekilde yaştan ötürü doğrudan ayrımcılık yaptığından bahsetmek mümkündür.

Adalet Divanının kararında da 25 yaşından önce iş yerinde geçirilen istihdam sürelerinin ihbar süresi hesabında dikkate alınmaması, ayrımcılık yapmama ilkesine hizmet etmemektedir. Nitekim böyle bir ulusal düzenleme ile ilgili olarak Adalet Divanının 25 yaşlık sınırın işten çıkarma anında yaşı ne olursa olsun, 25 yaş öncesinde işe girmiş herkesi etkileyeceğinden, bu durumun amaca ulaşmada meşru bir amaç taşımadığına vurgu yaparak söz konusu durumun ayrımcılık yapma yasağına aykırılık oluşturduğunu, doğrudan ayrımcılık yarattığını savunmuştur. Nitekim savcı da bu görüştedir. Yukarıdaki tanımlama kapsamında somut olay değerlendirildiğinde tesbitin yerinde olduğu ve böylesi bir ulusal düzenlemenin doğrudan ayrımcılık yarattığı açıktır.

Kararda ele alınması gereken bir diğer husus da, yaş nedeni ile ayrımcılık durumunda uygulanması gereken temel ilkeler hususudur. Bahse konu olayda AB Hukuku temel ilkeleri mi yoksa 2000/78/EG direktif hükümleri mi esas alınmalıdır? Yukarıdaki açıklamalarımız da göstermektedir ki, bahse konu hususa ilişkin Adalet Divanı ve savcı farklı düşüncelere sahiptir. Divan bu durumu birlik hukukunun temel ilkeleri kapsamında görebileceği ve ilgili yasağın 2000/78 sayılı direktifte sadece somutlaştırılmış olduğunu bu nedenle de ihtilafa uygulanacak hukukun AB Hukuku Temel İlkeleri olduğunu söylemiştir. Mahkeme bu söylemine dayanak olarak, Genel Şartnamenin md.21/1 ve *Mangold* kararındaki içtihadına atıfta bulunmuştur. Buna karşın savcı ise, 2000/78 direktifini istihdam konularında yaş nedeni ile ayrımcılığın söz konusu olması durumunda uygulanması gereken yasal bir çerçeve olarak tanımlamıştır. Savcı bu düşüncesine dayanak olarak direktifin 3. maddesinin 1.fıkrasının c bendini "tüm özel kişiler için kamu alanında ve özel alanda...istihdam ve çalışma koşulları açısından, son olarak da işten çıkarma koşulları ve ödeme koşulları açısından geçerlidir." hükmünü göstermektedir. Adalet Divanı ve savcının görüş ayrılıkları içerisinde kanımca savcının görüşü isabetli olmaktadır. Bahse konu husus 2000/78 sayılı direktif ile özel olarak belirlenmiştir. Temel İlkelerde mevcut ayrımcılık yasaklarının neler olduğu

geniş şekilde ele alınarak bunların içlerinin doldurulması direktiflerle olmaktadır. Bu çerçevede genel ilkeler ve direktifler değerlendirildiğinde direktifin konuya ilişkin daha özel hukuki düzenleme getiren bir kaynak olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle kanımca somut olaya genel ilkenin uygulanmasındansa özel düzenlemenin uygulanması hukuki açıdan daha doğru olacaktır. Bu çerçevede savcının görüşüne katılmak ve direktifin somut olaya uygulanması gereken hukuki bir kaynak olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Tabi ki bu durum, Adalet Divanının özel kişiler arasındaki ihtilaflara ilişkin içtihatlarında belirttiği “yönergeler kişi üzerinde kendiliğinden yaptırım uygulamayamaz.” söylemi ile çelişki yaratıp yaratmayacağı sorunu ortaya çıkartmaktadır. Buna ilişkin olarak savcı, olayda söz konusu olduğu gibi, temel haklara yönelik düzenlemelerde direktiflerin yatay doğrudan etkisinin tanınması gerektiğini savunmuştur. Adalet Divanı bu olayda direktif hükümleri hukuki kaynak açısından temel olarak ele almasa da *Palacios de La Villa* davasında ise, bahse konu direktifi somut olaya uygulanacak kaynak olarak ele almış, genel ilkelerden önce bu direktifi uygulama yolunu seçmiştir. Kanımca burada mahkemenin şunu açıklığa kavuşturması ve kendisine itiraf etmesi gerekir. Somut olayda uygulanması gereken hukuki kaynak gerçekten temel ilke kuralları mı yoksa direktif hükümleri midir? Yoksa *Palacios de La Villa* kararında olduğu gibi *Küçükdeveci* kararında da direktif hükümlerinin uygulanması gerekirken, AB Hukuku temel ilkelerinin hukuki dayanak olarak gösterilme sebebi yatay doğrudan etkiyi bertaraf etmek adına sadece alternatif çözüm olması mıdır? Kanımca bu sorunun cevabı ikincisidir. Mahkeme daha önceki içtihatlarından sapmamak adına böylesi bir karar vermiştir. Aslında mevcut duruma ilgili direktifin uygulanması gerektiğini kendisi de düşünmekte ancak yatay doğrudan etki kuralına bir istina tanımamak adına böylesi bir çözüm yolu ortaya çıkartmıştır. Mahkeme direktif hükümlerinin uygulanması yerine birlik hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde birlik hukuku ile çelişen ulusal mevzuatın uygulanmasının ulusal mahkemeler tarafından göz ardı edilebileceğinden bahsederek hukuka aykırı hükmün uygulanmasını önlemiştir. Her ne kadar savcı ve Adalet Divanının izledikleri yol farklı olsa da ikisi de aynı sonuca çıkmaktadır. Ancak yukarıda da bahsettiğim üzere savcının bu sistemde uyguladığı yolun daha sağlıklı ve kalıcı olduğunu düşünüyorum. En azından temel haklar konusunda direktiflere böylesi bir istisnai durumun tanınması oluşabilecek eşitsizliklerin önüne geçilmesinde etkili olabilecektir. Bu konuya ilişkin *Dori* kararı tipik örnektir. Yararlı etki “*effect utile*” ilkesi topluluk hukukunun uygulanması ve yorumlanmasında topluluk normlarının etkili biçimde uygulanmasını sağlayan yorum ve uygulama yöntemlerine öncelik verilmesi gerektiğinden, yönergelere dikey bakımdan doğrudan etkinin yanında yatay yönde de doğrudan etki tanınmalıdır⁴⁵. Bu düşünce ile uygulama alanı genişletilerek topluluk hukukunun etkisi artırılabilir. Bu düşünceye dayanak olarak yatay doğrudan etkinin varlığının ayrımcı uygulamalara zemin oluşturmasıdır⁴⁶. Bu açıdan bakıldığında *Küçükdeveci* davasında Savcının istisnai durumlar yaratılması düşüncesi yerinde kabul edilmektedir.

Adalet Divanı *Küçükdeveci* davası ile bahse konu olan bu AB Hukuku ile ilgili meselede kalıcı bir içtihat oluşturamamıştır. Nitekim benzer bir olayda alternatif çö-

⁴⁵ Generalanwalt Lenz's Ansicht im Urteil von Dori vgl., EuGH, Rs. C-91/92.

⁴⁶ Marshall davasında İngiltere'nin ileri sürdüğü savunma için bkz. EuGH, Rs., 152/82, Slg. 1986.

züm yolu yaratma yoluna gidecek olan Adalet Divanı, içtihatları arasında farklılıklar oluşmasına sebep olacak, benzer konuya ilişkin tek düze bir uygulama oluşturamayacaktır. Bu açıdan da bakıldığında Divanın her somut olaya alternatif çözüm yolu üretmesi kanımca sağlıklı ve kalıcı bir çözüm yolu değildir.

KAYNAKÇA

Karar Analizinde Kullanılan Avrupa Adalet Divanı İçtihatları*

- EuGH, Rs. 26/62, (*van Gend & Loos*), Slg. 1961.
 EuGH, Rs. 41/74, (*van Duyn*), Slg. 1974.
 EuGH, Rs. 106/77, (*Simmenthal*), Slg. 1978.
 EuGH, Rs. 106/89, (*Marleasing SA*), Slg. 1980.
 EuGH, Rs. 8/81, (*Ursula Becker v. Finanzamt Münster Innenstadt*), Slg. 1982.
 EuGH, Rs. 126/82, (*Smith Transport*), Slg. 1983.
 EuGH, Rs. C-91/92, (*Faccini Dor*), Slg. 1984.
 EuGH, Rs. 14/83, (*Calson Kamman*), Slg. 1984.
 EuGH, Rs. 152/84, (*Marshall/Health Authority*), Slg. 1986.
 EuGH, Rs. 80/86, (*Kolpinghuis Nijmegen*), Slg. 1987.
 EuGH, Rs. 103/88, (*Costenzo*), Slg. 1989.
 EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, (*Andrea Francovich u.a v. Italien*), Slg. 1991.
 EuGH, Rs. C-236/92, (*Comitato di Coordinamento*), Slg. 1994.
 EuGH, Rs. C-168/95, (*Arcaro*), Slg. 1996.
 EuGH, Rs. C-192/94, (*El Corte Inglés SA*), Slg. 1996.
 EuGH, Rs. 51/76, (*Nederlandse Onderneming*), Slg. 1997.
 EuGH, Rs. C-126/96, (*Inter-Environnement Wallonie*), Slg. 1997.
 EuGH, Rs. C-443/98, (*Unilever Italia*), Slg. 2000.
 EuGH, Rs. 397-403/01, (*Pfeiffer*), Slg. 2004.
 EuGH, Rs. C-201/02, (*The Queen Transp.*), Slg. 2004.
 EuGH, Rs. C-411/05, (*Palacios de la Villa*), Slg. 2005.
 EuGH, Rs. 144/04, (*Mangold*), Slg. 2005.
 EuGH, Rs. C-268/06, (*Impact*), Slg. 2008.
 EuGH, Rs. C-378/07 bis C-380/07, (*Angelidaki*), Slg. 2009.
 EuGH, Rs. C-555/07, (*Küçükdeveci*), Slg. 2010.
 EuGH, Rs. C-407/09, (*Europäische Kommission v Hellenische Republik*), Slg. 2011.

* İçtihatlar kronolojik olarak sıralanmıştır (Judikaturen sind chronologisch geordnet).





YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir - İstanbul