

# ULUSLARARASI NORMLARIN ÖZEL HUKUKA VE HUKUK METODOLOJİSİNE ETKİSİ\*

(IMPACTS OF INTERNATIONAL RULES ON CIVIL LAW AND LEGAL METHODOLOGY)

**Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin\*\***

## ÖZ

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu birçok uluslararası antlaşmalar sadece devletler arasında yükümlülükler doğurmakla kalmayıp, bizzat özel hukuk alanına da etki etmektedir. Ancak uluslararası hukuk normları, sadece ilgili antlaşmalardan ibaret olmayıp, bu antlaşmaların "yaşayan" nitelikleri dikkate alındığında bunları yorumlamaya yetkili mahkemelerin içtihatları da önem kazanmaktadır. Söz konusu normların ve içtihatların özel hukuka etkisi ve bu çerçevede izlenecek metodolojik yöntem, çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir. Özellikle hukuk güvenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin önem kazandığı bu süreçte hâlihazırda Türk/İsviçre hukukunda benimsenen görüşler değerlendirilmiş, bunun ötesinde mukayeseli hukuk perspektifinden yeni yöntemler de ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Norm, bağlayıcılık, kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuk güvenliği ilkesi yorum metotları

## ABSTRACT

*The Republic of Turkey is partner to a myriad of international treaties. These treaties do not only bind the contracting parties, but they also have an impact on the civil law system of these parties. With regard to the fact that most of these treaties are "living instruments", one must also consider the case law of the courts, which have the competence to interpret these treaties. The aim of this article is to analyze the impact of international rules on civil law and the legal methodology to be applied within this context. With a special emphasis on the principle of legal certainty and the separation of powers, the existing views in the Turkish/Swiss law doctrine are being analyzed and new methods from the perspective of comparative law taken into account.*

**Keywords:** International rules, binding, principle of separation of powers, principle of legal certainty, methods of interpretation

\*\*\*

---

\* Bu makale, 06.06.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 15.09.2016 tarihinde birinci hakem; 10.08.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

\*\* Türk Alman Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, cekin@tau.edu.tr

## I. Giriş

Günümüz dünyasında tek bir kanun koyucunun kendi başına ve diğer hukuk düzenlerinden tamamen bağımsız bir şekilde kanun çıkarması ve çıkarılan kanunların uygulanması ihtimali gittikçe azalmıştır. Bu hususun belki de en belirgin örneği, gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında, gerek Yargıtay kararlarında sıklıkla rastlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına yapılan atıflardır. Dolayısıyla tek ve bağımsız kanun koyucuyu esas alan bir hukuk metodolojisi, günümüz ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte değildir. Ne var ki hukukun uluslararasılaşmasının hukuk metodolojisine etkisi konusu görüldüğü kadarıyla incelenmiş değildir. Gerçi gerek Türk hukukunda, gerek İsviçre hukukunda yönetsel açıdan yeni eğilimlerin kabul gördüğü söylenebilir<sup>1</sup>. Ancak hukukun günümüz dünyasının ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde uygulanabilmesi için gerekli olan metodolojik altyapının sunulması halen ifa edilmemiş bir vazife olarak kendisini göstermektedir. Elbette bu görevi etrafıca ve bütünüyle bir makale çerçevesinde yerine getirmek imkânsızdır. Ancak çalışmamızın amacı bu bağlamda dikkate alınması gereken hususları en azından ana hatları itibarıyla çizmek ve mümkün merteye çözüm önerileri sunmaktır.

Metodolojik altyapının hazırlanması ayrıca hukuk güvenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri açısından da önem taşımaktadır. Gerçekten de kanunun muhatabı olan birey, ulusal kanunun geçerliliğine güven duymaktadır. Bu kanunun uluslararası bir norm ile çatışması sebebiyle geçersiz olması, bireyin kanunlara, hatta bir bütün olarak hukuk düzenine karşı olan güvenini de sarsacaktır. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti, bir uluslararası hukuk süjesi olarak uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini ifa ederken kanun muhataplarının ulusal normlara olan güvenini de sarsmamalıdır. Yine metodolojik altyapıdan mahrum olarak gerçekleştirilen yargı faaliyeti, yasa koyucunun yetki alanını gasp etme tehlikesiyle daima karşı karşıya kalacaktır.

Özellikle hukuk güvenliği hususu açısından bu soruna yaklaşıldığında Yüksek Yargının bazen çok kitabi, bazı durumlarda ise tamamen somut olay adaletini gözeten kararlara imza attığı gözlemlenmektedir. Örneğin Yargıtay tüketicinin açtığı bir davada vites kolundan gelen titreşim ve seslerden dolayı otomobilin değiştirilmesine hükmetmiştir<sup>2</sup>. Mahkeme bu çerçevede satıcı açısından daha makul olan aracın onarılması imkânını tartışmayıp doğrudan aracın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesine hükmetmekle taraflar arasında mevcut olan menfaat dengesini yeterince dikkate almamıştır<sup>3</sup>. Öte yandan yine aynı Mahkemenin özellikle tazminat hukukunda sergilediği “esnek” tavır, kanun koyucuyu BK md. 55 f. 1 son cümlede şu ifadelerle yer vermeye sevk etmiştir: “*Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz*”. Nihayet Yüksek Mahkeme’nin metodoloji kaygısı duymadan verdiği kararlara son bir örnek olarak Hukuk Genel Kurulu’nun bir

<sup>1</sup> Bkz. Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., Bern, 2013, s. 227; Çiğdem Kürca, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaçsal Sınırlandırma (teleologische Reduktion), *AÜHFD*, C. 50 Sa. 1 Y. 2001, s. 91, 95 vd.; güncel bir örnek olarak bkz. Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama Yöntemi ile Daraltılması*, 2016, İstanbul.

<sup>2</sup> Yarg. 13. HD., 9.11.1998, 6654/8835 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>3</sup> Bkz. Yeşim M. Atamer/Ece Baş, *Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Doğan Sorumluluk*, *İstanbul Barosu Dergisi* C. 88, Y. 2014, Özel Sayı: 1, s. 19, 39.

kararını<sup>4</sup> aktarmakta fayda vardır. İlgili kararında mahkeme aynen şu ifadelere yer vermektedir:

*“Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler sebebiyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir”.*

Yüksek Mahkeme'nin metodoloji kaygısı hissetmeden sorumluluk temelini rahatlıkla değiştirmesi aslında çok düşündürücüdür. Bu tutum aynı zamanda hukuk güvenliğini olumsuz şekilde etkilemektedir. Şöyle ki sorumluluğa muhatap tutulabilecek olan kişi haksız fiil hukuku çerçevesinde bütün tedbirleri alıp kusursuz davrandığı savunmasını öne sürdüğünde mahkemenin farklı bir hukuki dayanakla kendisini sorumlu kılacağı gerçeğiyle karşı karşıya kalacaktır. Aynı durum borçlunun sözleşmeden doğan bütün yükümlülüklerini layıkıyla ifa ettiği durumda da söz konusu olacaktır; zira bu sefer de kusurdan bağımsız olarak kişinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Elbette bu demek değildir ki mahkeme hukuki dayanağı hiçbir zaman değiştiremez ya da farklı ilkeler benimseyemez. Somut kararda eleştiriye sebebiyet veren husus, mahkemenin bu çerçevede gerekçelendirme kaygısı duymadan farklı hukuki müesseselere başvurmasıdır.

Uygulamacının kanunu yorumlarken ve hükmederken vardığı sonucu neden çoğu zaman gerekçelendirme gereksinimi duymadığı hususunda farklı sebepler söz konusu olabilir. Özellikle Türk/İsviçre özel hukukunda ilgili kanunların hâkime tanıdığı geniş takdir yetkisinin bu eğilimi güçlendirdiğini söylemek mümkündür<sup>5</sup>. Hakkaniyet kavramının, umulan sonuç elde edilmediği takdirde kazandığı önem bunun en belirgin göstergesidir<sup>6</sup>. Oysa kanaatimizce tam tersine kendisine bu denli geniş takdir yetkisi tanınan hâkimin hukuk güvenliğini sarsmaması için vardığı sonucu gerekçelendirmesi daha da elzemdir. Bu gerekliliği daha da artıran husus, günümüz hayatında tek bir kanun koyucu tarafından oluşturulan yeknesak bir hukuk düzeninin söz konusu olmadığı gerçeğidir. Nitekim artık “çok aşamalı” bir hukuk sisteminden bahsetmek mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme, bunların ulusal normlara etkisi, Avrupa Birliği uyum süreci çerçevesinde AB-Yönergeleri doğrultusunda çıkartılan ulusal kanunlar ve nihayet Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, artık hukuk düzenimizin sadece Ankara'dan gelen kanunlarla değil, bunun dışında birçok uluslararası etken sayesinde şekillendiğinin göstergesidir. Tam bu noktada hukuk güvenliği ve bununla bağlantılı olarak hukuk metodolojisinin de önemi artmaktadır. Gerçekten ulusal kanun ile uluslararası normun ve özellikle bu normları yorumlamaya (münhasıran) yetkili mercilerin içtihatlarının çatıştığı durumlarda nasıl bir yöntem izleneceği sorusu gündeme gelecektir. Bu çerçevede ulusal norma kitabi şekilde sıkı sıkıya bağlı kalmak, uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğuracak, sırf ulusla-

<sup>4</sup> HGK, 12.2.2014, E. 2013/21-586 K. 2014/95 (www.kazanci.com).

<sup>5</sup> Bkz. Paul Oberhammer, Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214 (2014), s. 155, 165.

<sup>6</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Berner Kommentar, Bd. I/1, 2012, Art. 2 ZGB kn. 89 vd.; Honseil, Basler Kommentar, ZGB I, 4. Aufl. 2010, Art. 2 ZGB kn. 11 vd.

rarası norma uygun sonuç elde etmek için kanuna aykırı (*contra legem*) hüküm vermek ise hukuk güvenliği ya da kuvvetler ayrılığı ilkesi gibi anayasal ilkeleri ihlal etmek anlamına gelecektir. Öte yandan ulusal normun her defasında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin beklenmesi yerine uygulamacıya daha önceden, yorum ve kural koyma imkânlarından istifade ederek uluslararası normlara uygun bir sonuca varabilme imkânının tanınması daha isabetli gözükmektedir.

Çalışmamızda yukarıda değinilen bütün bu hususları incelerken öncelikle uluslararası normların ve bu normları yorumlamaya (münhasıran) yetkili olan mercilerin içtihatlarının ne derece Türkiye Cumhuriyeti kurumları açısından bağlayıcı olacağı tespit edilecek, ardından bağlayıcılığın söz konusu olduğu hallerde bu normlara uygun yorumun yöntemsel altyapısı incelenecektir.

## II. Uluslararası Hukuk Normları ve Özel Hukuk İlişkisi

Uluslararası normların ve bu normları yorumlamaya yetkili mahkemele- rin içtihatlarının özel hukuk ilişkilerine olan etkileri farklı boyutlarda kendisini göstermektedir. Nitekim uluslararası sözleşmeler genel itibariyle uluslararası hukuk sükeleri arasında, yani devletlerarasında akdedilmektedir. Sözleşmelerin nisbiligi ilkesi bu çerçevede de geçerliliğini koruduğundan kural olarak devletlerarasında akdedilen bir sözleşmeye dayanarak sözleşme tarafı olmayan bir özel hukuk sükisinin hak talebinde bulunması söz konusu değildir. Ne var ki özellikle temel hak ve özgürlükleri konu alan sözleşmelerin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği taşıdığı ve bu sebeple dikey ilişki çerçevesinde, yani birey ile devlet arasındaki ilişkide bireylerin bu hükümlere başvurma imkânının mevcut olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

Ayrıca devlet ile birey arasındaki ilişkiyi esas alan normların bireyler arasındaki yatay ilişki çerçevesinde de uygulama alanı bulabileceği görüşü de ortaya atılmıştır. Bu çerçevede özellikle temel hak ve özgürlükleri esas alan ve özü itibariyle devlet-birey ilişkisini ilgilendiren normların özel hukuk sükeleri arasında da uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu tartışılmaktadır.

Bu sebeple öncelikle uluslararası hukuk normlarının özel hukuk ilişkilerine etkisinin aydınlatılması kaçınılmazdır.

### 1. Uluslararası Normların ve Mahkeme İchtihatlarının Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi

#### a. Uluslararası Hukuk Normlarının Özel Hukuk Alanında Bağlayıcılığının Kapsamı

Yukarıda da belirtildiği üzere uluslararası normlar kural olarak muhatapları arasında, yani sözleşme tarafları arasında hak ve yükümlülük doğurmaktadır<sup>8</sup>. Ancak belirtelim ki sözleşme tarafı sadece sözleşmeye üye devletin

<sup>7</sup> Bu husus özellikle AB sözleşmelerinde öngörülen temel hürriyetler ve temel hak ve özgürlükler açısından dile getirilmektedir.

<sup>8</sup> Örneğin AB yönergelerinin muhatabı üye ülkedir. Dolayısıyla bireyin üye ülkenin muhatabı olduğu hükme dayanarak hak talebinde bulunması kural olarak söz konusu değildir. Ancak Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Birliği'nde sadece üye ülkelerin değil, üye ülke vatandaşlarının da hukuk düzeninin muhatabı olduğunu, bu hukuk düzeninin bireylere sadece yükümlülükler getirmekle sınırlı kalmayıp bazı haklar da tanıdığını, bu sebeple AB Sözleşmesi'nin 30. maddesinin lafzının, sistematizinin ve ruhunun doğ-

yasama erkinden ibaret değildir. Bilakis yürütme ve yargı erki de aynı şekilde sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmekle sorumludur. Gerçekten de uluslararası bir sözleşmeden doğan yükümlülükler sadece yasa koyucuyu bağlasaydı, bu yükümlülüklerin yargı ve yürütme tarafından dikkate alınmıyarak dolanılması mümkün olurdu. Bu husus ise cebri icra imkânı öngörülmemiş olan uluslararası sözleşmelerin etkinliğini ciddi derecede azaltacak niteliktedir.

### **b. Mahkeme İçtihatlarının Bağlayıcılığı**

Cevaplandırılması gereken bir diğer soru, sözleşme tarafı olan ülkenin sadece uluslararası sözleşme ile mi, yoksa bu sözleşmeyi yorumlamaya yetkili olan ilgili merciin kararlarıyla da mı bağlı olacaktır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) hükümlerini yorumlama yetkisi münhasıran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) verilmiştir<sup>9</sup>. Dolayısıyla ulusal yargıcın sözleşmeyi yorumlarken AİHM kararlarına uygun biçimde yorum yapması gerektiği, aksi takdirde AİHS'ni öncelikli uygulama görevini yerine getirmeyeceği belirtilmektedir<sup>10</sup>. Benzer şekilde AB yönergeleri bağlamında da AB normlarını yorumlama yetkisi münhasıran Avrupa Adalet Divanı'na tanınmıştır. Hatta bu çerçevede otonom bir yorum söz konusudur. Buna göre AB normu ulusal hukuk terimleri çerçevesinde değil, AB normları çerçevesinde otonom şekilde yorumlanmalıdır<sup>11</sup>.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de, 2013/4439 başvuru numaralı ve 6.3.2014 tarihli kararının gerekçesinde AİHS açısından aynen şu ifadelerle yer vermiştir:

*“Somut başvuru açısından, başvurucunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır”*<sup>12</sup>.

Gerçekten de AİHS, “yaşayan bir araç” (*living instrument*) olarak nitelendirilmekte ve bu doğrultuda yorumlanmaktadır<sup>13</sup>. Sözleşmenin bu sayede çevre, azınlıkların korunması ya da sosyal ihtiyaçlar gibi gelişmelere cevap verebilecek nitelikte olduğu vurgulanmaktadır<sup>14</sup>. Hatta bu çerçevede AİHM'nin “ev-

---

rudan etkiye müsaade ettiğine ve bireylere ulusal mahkemeler tarafından tanınması gereken haklar tanıdığına hükmetmiştir (Avrupa Adalet Divanı (AAD), 5.2.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1, 25 - Van Gend & Loos). Ancak belirtelim ki ülkemiz AB üyesi olmadığı için Türkiye Cumhuriyeti'nin dahi muhatabı olmadığı bir normun doğrudan Türk hukukuna etki etmesi söz konusu olamaz.

<sup>9</sup> Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Sibel İnceoğlu (Editör), 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 9.

<sup>10</sup> İnceoğlu, s. 9.

<sup>11</sup> Karl Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin/New York, 2015, § 11 kn. 4 vd.

<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi'nin AİHM içtihatlarına atf yaptığı diğer kararlar için bkz. İnceoğlu, s. 15 vd.

<sup>13</sup> Örneğin bkz. AİHM 5.3.2009 tarihli Sanda Jankovic/Hırvatistan kararı, No. 3847/05.

<sup>14</sup> Rainer J. Schweizer, Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte VI/1, Heidelberg/München, 2010, § 138 kn. 4, s. 79.

rimsel yorum<sup>15</sup> (*evolutive interpretation*) ilkesinden bahsedilmektedir<sup>15</sup>. AİHM ilk olarak *Tyrrer*<sup>16</sup> kararında sözleşmenin yaşayan bir araç olduğunu ve bu sebeple gelişen şartlar ışığında yorumlanmasını gerektiğini vurgulamıştır. Ulusal hukukta olduğu gibi cebri icra imkânının kural olarak öngörülmediği uluslararası sözleşmelerde büyük bir önem taşıyan işlevsellik (*effectiveness*), bu sayede mümkün kılınmaktadır. Bu işlevsellik dikkate alındığında üye ülkelerin bağlılığını sözleşmenin lafzıyla sınırlandırmak, sözleşmenin mantığına aykırı düşecektir. Bilakis sözleşmenin yaşayan bir araç olduğu kabul edildiğinde bu yaşayan aracın geçirdiği evrimlerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu sebeple sadece sözleşmenin lafzıyla sınırlı kalınmayıp AİHM içtihatlarının da aynı şekilde dikkate alınması gerektiğini kabul etmek, sözleşmenin amacına uygun düşecektir. Bu neticenin dayanağı ise yine sözleşmenin kendisidir. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için AİHM içtihatlarının da dikkate alınması kaçınılmazdır.

Yukarıda incelenen işlevsellik hususu aynı şekilde Avrupa Adalet Divanı'nın (AAD) da birçok kararına konu olmuştur. AAD özellikle Avrupa Birliği (AB) normlarını amaca göre yorumlarken bu ilkeye başvurmuştur<sup>17</sup>. Bu ilkeye göre AB normları, en geniş etki edebilecek şekilde yorumlanmalıdır. Hatta AAD bu ilkeye dayanarak kararların ve yönergelerin de doğrudan etkili olabileceklerine hükmetmiştir<sup>18</sup>. Bu bağlamda daha da önem taşıyan husus, işlevsellik yorum ilkesinin sadece AAD'yi değil, üye ülke mahkemelerini de bağladığıdır<sup>19</sup>. Bu sebeple üye ülke mahkemeleri yargı faaliyetleri esnasında AB normlarının en geniş kapsamda etki edebilmesi için ulusal anayasal düzenin kendilerine tanıdığı bütün imkânlardan istifade etmekle yükümlüdürler. Ancak AAD'ye göre bu yükümlülük de koşulsuz değildir. Gerçekten de işlevsellik ilkesi ulusal hâkimi *contra legem* hüküm vermeye sevk edemez<sup>20</sup>.

Peki, bu ilkeler henüz AB üyesi olmayan Türkiye Cumhuriyeti ve özellikle yargı erki açısından ne derece geçerlidir? Buna kesin bir cevap vermek yerine üyelik sürecine göre bir ayırım yapılması daha isabetli gözükmektedir. Gerçekten de Avrupa Birliği'ne üyelik yolunda uyum süreci kapsamında bazı fasıllar açılmış, diğer alanlarda ise çalışmalar devam etmektedir. Ulusal bir kanunun doğrudan AB yönergelerini iç hukuka aktarma amacıyla çıkartıldığı hallerde bu kanunun AAD içtihatlarına uygun şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Kanaatimizce bu çerçevede öncelikle ilgili kanunun açılmış bir fasılla alakalı olup olmadığı ve bu sebeple Türk mahkemelerince dikkate alınıp alınmaması hususu araştırılmalıdır<sup>21</sup>. Zira belirli bir faslın açılmış olması ve buna dayalı olarak AB yönergelerinin iç hukuka aktarılması, aynı

<sup>15</sup> Bkz. Bernadette Rainey/Elizabeth Wicks/Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th Edition, New York 2010, s. 73 vd.

<sup>16</sup> 25.04.1978 tarihli *Tyrrer/United Kingdom* kararı, No. 5856/72.

<sup>17</sup> AAD, 15.07.1963 tarihli karar, Rs. 34/62 (Federal Almanya/Komisyon), Slg. 1963, 287, 318.

<sup>18</sup> AAD, 04.12.1974 tarihli karar, Rs. 41/74 (Van Duyn), Slg. 1974, 1337, 1348).

<sup>19</sup> AAD, 7.2.1991 tarihli karar, Rs. C-184/89 (Nimz), Slg. 1991, I- 297, 321.

<sup>20</sup> Bkz. AAD, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057 (Adeneler).

<sup>21</sup> Açılan fasıllar, amaçlanan ve gerçekleştirilen yasama faaliyetleri "Ulusal Program" başlığı altında takip edilebilir, bkz. "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programlar", <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=194> [Erişim: Ocak 2016].

zamanda mehzaz niteliği taşıyan bu yönergenin yorumlama yetkisini haiz olan AAD kararlarının da iç hukuka aktarılması istendiği anlamını taşımaktadır. Sadece yönergeyi iç hukuka aktarıp yönergenin yorumlanması çerçevesinde yetkili olan AAD'nin içtihatlarını dikkate almamak, üyelik sürecindeki yükümlülüklerin gereğince ifa edilmemesi anlamına gelebilecektir. Belirli bir faslın açılmış olup olmamasından bağımsız olarak kanun koyucunun açıkça AB yönergesini iç hukuka aktarmak istediğini belirtmesi de söz konusu olabilir. Buna güncel bir örnek olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gösterilebilir. İlgili kanunun gerekçesinde yer verilen ifadeleri aynen aktarmakta fayda vardır:

*“Ancak bu düzenlemelerin tümünün, Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ile **tam uyumunun sağlanması** için gözden geçirilmesi ve kısmen yeniden kaleme alınması ihtiyacı özellikle AB-Türkiye tarama toplantıları çerçevesinde kendisini göstermiştir. Kanun değişikliğine gidilmesinin en temel amaçlarından birisi, AB'nin son dönemde çıkardığı ve henüz mevzuatımıza aktarılmamış olan, 2002/65/AT sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı, 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, 2008/122/AT sayılı Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmeleri, 2001/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergelerinin **iç hukukuza aktarılması olmuştur**. Diğer taraftan, bu Tasarı hazırlanırken tüketicinin korunması alanında AB tarafından çıkarılmış olan bütün Yönergeler incelenmiş ve iç hukukumuzdaki değişiklikler ona göre şekillendirilmiştir.”*

Bu durumlarda kanun koyucunun AB mevzuatına uygun kanun çıkarma niyetinin sadece ilgili yönergeyle sınırlı kalmayıp bu yönergeyi münhasıran yorumlama yetkisine sahip olan Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarına da uygun şekilde olması hususunu kapsadığı söylenebilir.

Önemle belirtelim ki bütün bu hallerde AB hukukundan ya da uluslararası hukuktan kaynaklanan bir “bağlayıcılık” söz konusu değildir. Bilakis ulusal mahkemelerin uluslararası normları ve içtihatları dikkate almasının yegane dayanağı, Anayasa md. 90 f. 5 ve Türk kanun koyucusunun gerekçelere yansıyan açık iradesi olabilir.

Öte yandan kanun koyucu bu niyetini açıkça belli etmediği takdirde AAD içtihadının da dikkate alınabilir nitelikte olmasını savunmak güçtür. Hatta bazı hallerde kanun koyucu bilinçli olarak uluslararası düzenlemelerden ayrıldığını belirtmiştir<sup>22</sup>. Bu gibi durumlarda ilgili içtihatların yorum çerçevesinde dahi ancak sınırlı şekilde dikkate alınması imkân dâhilinde gözükmektedir.

### c. Doğrudan Yatay Etki Sorunu

Özellikle temel hak ve özgürlükler ve dolayısıyla AİHS bağlamında ilgili normların özel hukuk sùjeleri arasındaki ilişkiye doğrudan etki edebileceği

<sup>22</sup> Krş. BK genel gerekçesi: “Ancak, bu çalışmaların [uluslararası düzeyde yürütülen kanun çalışmalarının] varlığı ve hattâ bazılarının sonuçlanmış olması, ulusal nitelikli borçlar kanununa sahip olmayı gereksiz kılmadığı gibi, ulusal nitelikli borçlar kanununun, bu metinlerin bir ürünü olarak ortaya çıkması gerektiği düşüncesinin savunulmasını da gerektirmektedir. Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlığında da, bu metinlerin esas alınması değil, bu metinlerden yararlanılması söz konusu olmuştur.” Dolayısıyla bu çerçevede doğrudan bir bağlayıcılık söz konusu olamaz. Ancak pekâlâ ilgili mevzuat ve mahkeme içtihatlarından faydalanılması mümkündür.

görüşü savunulmuştur<sup>23</sup>. Karşı görüş ise temel hak ve özgürlüklerin amacının devlet ile birey arasındaki güç eşitsizliğinin dengelenmesi olduğunu belirtmektedir. Oysa özel hukuk sùjeleri arasında böyle bir eşitsizlikten bahsedilemez<sup>24</sup>. Öte yandan özel hukuk sùjeleri arasında da sosyo-ekonomik eşitsizlik söz konusu olabilir. Dolayısıyla güçsüz olan tarafın korunması gerçeği göz ardı edilmemelidir<sup>25</sup>. Bu çerçevede özellikle AİHM üye ÷lkelerin harekete geçerek temel hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli önlemleri almaları gerektiğini belirtmekle bir pozitif yükümlölük öngörmektedir<sup>26</sup>. Ancak sözleşme tarafının sosyal açıdan güçsüz olması, temel hak ve özgürlüklerin doğrudan doğruya özel hukuk ilişkilerine etki etmesini başlı başına meşru kılamaz.

Nitekim devlet-birey ilişkisini ilgilendiren dikey etki ile birey-birey ilişkisini esas alan yatay etki arasında yapısal açıdan çok önemli bir fark mevcuttur: Birinci durumda devletin bireyin özgürlük alanına müdahalesi sınırlandırılmakta, oysa ikinci durumda bir bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, diğer bireyin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu beraberinde getirmektedir<sup>27</sup>. Dolayısıyla yatay etki, temel hak ve özgürlükler açısından eşit konumda bulunan bireylerin özgürlüklerinin çatışmasına sebebiyet vermektedir. Çatışan bu hakların arasındaki menfaat dengesinin çok dikkatli bir şekilde kurulması gerekmektedir. Örneğin kanun koyucu sözleşme tarafları arasındaki dengesizliğin giderilmesi için özel hukuk çerçevesinde çeşitli yöntemlere başvurmaktadır. Genel işlem koşulları, aşırı yararlanma, rekabetin korunması gibi hususlar esasında özel hukuk sùjelerinin arasındaki dengesizliği gidermeyi amaçlayan unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Ancak bütün bu misaller doğrudan değil, ancak dolaylı bir etkinin söz konusu olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla uluslararası normların doğrudan bireyler arasında yatay etki doğurması kabul edilemez<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Temel hak ve özgürlükler bağlamında bkz. Carl Nipperdey, Ludwig Ennecerus/Carl Nipperdey, BGB Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Tübingen, 1959, § 15 IV 4; Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München, 1960, s. 356 vd.; Thilo Ramm, Die Freiheit der Willensbildung – Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung, Stuttgart, 1960, s. 38 vd.; 56 vd.

Ayrıca AİHM'nin 13.07.2004 tarihli Pla ve Puncernau/Andorra kararında da doğrudan yatay etki eğilimini görmek mümkündür. İlgili kararında mahkeme 1939 yılında hazırlanmış vasiyetnamede belirtilen evlilik sonucu doğma şartının ayrımcılık teşkil ettiğini, günümüz şartlarında evlatlık edinilen çocuk ile öz çocuk arasında bir fark kalmadığını ve dolayısıyla vasiyetnamede öngörülen şartın AİHS md. 14 ve md. 8 düzenlemelerine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu ifadelerle mahkeme sözleşme hükümlerinin yatay ilişkide doğrudan etkili olacağı görüşüne bir hayli yaklaşmıştır.

<sup>24</sup> Bkz. Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP (184) 1984, s. 202, 206.

<sup>25</sup> Özellikle bkz. Franz Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP (164) 1964 s. 386, 407 vd.

<sup>26</sup> Örneğin bkz. 13. 8. 1981 tarihli Young, James & Webster/Birleşik Krallık kararı, No. 7601/76; 29. 2. 2000 tarihli Fuentes Bobo/İspanya kararı, No. 39293/98; 23. 9. 2010 tarihli Obst/Almanya kararı, No. 425/03.

<sup>27</sup> Bkz. Achim Seifert, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, EuZW 2011, s. 696, 699.

<sup>28</sup> Aynı doğrultuda bkz. Schweizer, § 138 kn. 69; Peter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak (ed.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th Edition, The Hague, 2006, s. 23 vd.

## 2. Uluslararası Normların ve Mahkeme İctihatlarının Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etkisi

Her ne kadar az önce uluslararası hukuk normlarının özel hukuk süjeleri arasında doğrudan etkili olmayacağı sonucuna varılmış ise de sözleşmelere taraf olan devletler pekâlâ bu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri doğrultusunda hareket etmek zorundadırlar. Sözleşmeye taraf olan devlet, hukuk düzenini ve bu çerçevede özel hukuk normlarını, sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerine uygun biçimde şekillendirmelidir. Temel hak ve özgürlük ihlali bir devlet organı tarafından değil de, özel hukuk süjesi tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi devletin "hakkı zarar gören kişiye korumak için gerekli adımları atmayıp, üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmedeği" ve bu sebeple dolaylı olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Ancak sözleşme tarafı olan devletin yükümlülükleri yasama faaliyetiyile sınırlı değildir. Bilakis söz konusu normları yürüten idari makamlar ve bu normları yorumlayan mahkemeler de sözleşmeden doğan yükümlülükleri dikkate almalıdırlar<sup>30</sup>.

Bu bağlamda özellikle temel hak ve özgürlükleri esas alan uluslararası normların özel hukuk ilişkilerinde hangi şekilde (dolaylı) etkisini göstereceği hususunda farklı yöntemler benimsenmiştir.

Bunlardan birincisi, özel hukuk sjelerini bizzat temel hak ve zgrlklerde kabul gören değer yargularıyla (dolaylı olarak) bağımlı kılan sistemlerdir. Bu sistemlerin en meşhur rneği, Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Lüth* kararıdır<sup>31</sup>. İlgili kararında mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında ancak özel hukukun bir parçası olan genel nitelikteki hükümler vesilesiyile etkisini gösterdiğini belirtmiştir<sup>32</sup>. Oysa temel hak ve özgürlüklerin asıl muhatabı Devlet, Devlet tüzel kişiliği içerisinde de (diğer erkeklerin yanında) yasama erki ise, yasama erki özel hukuk alanında yasama faaliyetinde bulunduğunda pekâlâ temel hak ve özgürlüklerle bağlı olacaktır. Özel hukuk süjelerinin sergiledikleri davranışlarından ötürü temel hak ve özgürlüklerin doğrudan etkisi söz konusu değilken, anayasada belirtilen temel hak ve özgürlüklerin yasama erkini görevini özel hukuk alanında icra ederken de muhatap aldığı hususunda tereddüt etmemek gerekir. Bu sebepledir ki temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında sadece genel nitelik taşıyan normlar üzerinden etkisini göstereceğini söylemek isabetsizdir<sup>33</sup>.

İkinci yöntemde ise anayasanın altında olan normlar vesilesiyile temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk kişileri arasında da uygulama alanı bulacağı öngörülmektedir. Örneğin iş ilişkileri çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulama alanı bulacağı, Fransız hukukunda Art. L.1121-1 Code du

<sup>29</sup> İnceoğlu, s. 61.

<sup>30</sup> Bkz. AİHM'nin 28.6.2001 tarihli VGT Verein gegen Tierfabriken/İsviçre kararı, No. 24699/94.

<sup>31</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin de temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine (dolaylı) etkisi hususunda birçok kararına rastlamak mümkündür. Bunlara rnek olarak, eşler arasında inanç özgürlüğünün etkisi (BGE 4, 435 E. 2), boykot çağrısının hukuka uygunluğu (BGE 82 II 302), ifade özgürlüğünün özel hukuk süjeleri arasında da etki doğuracağı (BGE 101 IV 172 E. 5), basım özgürlüğünün özel hukuk süjeleri arasında da etki doğuracağına (BGE 107 Ia 280 vd. E. 3) dair kararlar gösterilebilir.

<sup>32</sup> BVerfGE 7, s. 198, 205.

<sup>33</sup> Bkz. Canaris, AcP 184 (1984), s. 202, 222.

travail français çerçevesinde ve İspanyol hukukunda Art. 4 f. 1 Estatuto de los trabajadores sayesinde düzenlenmiştir.

Nihayet üçüncü bir eğilim, temel hak ve özgürlüklerin, özellikle AİHS'nin özel hukuk ilişkilerinde de doğrudan uygulama alanı bulacağı yönündedir<sup>34</sup>.

Ancak hangi yöntem benimsenirse benimsensin, sözleşme tarafı bir ülke mahkemesinin ulusal hukuk normlarını somut olay çerçevesinde uygularken sözleşme kapsamında korunan bir menfaati zedelemeyecek şekilde yorumlaması, hatta bunun ötesinde bu menfaati en iyi şekilde koruyacak bir yoruma öncelik tanınması gerektiği konusunda tereddüt etmemek gerekir. Bu şekilde uluslararası norm her ne kadar özel hukuk sùjeleri arasında doğrudan etkisini göstermiyor olsa da dolaylı olarak, yani devletin sözleşmeye bağlı olması vesilesiyle uluslararası normlarda bireylere tanınan haklar dikkate alınmalıdır.

Yukarıda değindiğimiz ilkeler sadece temel hak ve özgürlükleri esas alan AİHS açısından değil, diğer uluslararası normlar çerçevesinde de söz konusu olabilir. Özellikle AB yönergelerinde benimsenen ilkelerin ve gayelerin dolaylı olarak özel hukuk ilişkilerine de etki etmesi ve bu vesileyle ulusal normun yorumlanması çerçevesinde dikkate alınması mümkün olabilir.

Sonuç olarak dolaylı etki görüşünün özel hukuk ilişkileri açısından daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Ulusal mahkemeler ulusal normları yorumlarken genel hükümler çerçevesinde uluslararası normları, özellikle temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren düzenlemeleri dikkate alacak, yine uluslararası normların gayesini en etkili şekilde gerçekleştirmeye hizmet eden yorum şeklini benimseyeceklerdir.

### **III. Uluslararası Hukuk Normlarının Özel Hukuk Çerçevesinde Dikkate Alınması Esnasında Dikkate Alınacak Metodolojik Hususlar**

Bu aşamaya kadar yapılan açıklamalar doğrultusunda uluslararası hukuk normlarının ve bu normları yorumlama yetkisi olan mahkeme içtihatlarının belirli şartlar altında ulusal mahkemelerce ulusal hukukun kendilerine tanıdığı yetkiler çerçevesinde dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bundan sonraki inceleme ise, ilgili normları dikkate alırken ulusal normun nasıl uluslararası norma uygun şekilde yorumlanması gerektiği ile alakalıdır. Ancak bu hususu örneklerle birlikte etraflıca incelemeden önce bazı genel konuların aydınlatılması faydalı olacaktır.

#### **1. Çok Aşamalı Hukuk Düzeninin Beraberinde Getirdiği Sorunlar**

Esasen siyaset bilimi kökenli olan ve özellikle Avrupa Birliği yapısını inceleyen çalışmalar çerçevesinde geliştirilen "çok aşamalı yönetim"<sup>35</sup> (*multi layered governance*) sistemi, birden fazla yönetim sisteminin bir arada bulunmasını ifade etmektedir. Buna paralel olarak çok aşamalı hukuk düzeninden bahsetmek mümkündür<sup>36</sup>. Gerçekten de günümüz hayatında tek bir kanun koyucunun iradesi doğrultusunda şekillenen bir hukuk düzeni söz konusu değildir.

<sup>34</sup> Bkz. Cour de cassation, 6. 3. 1996 tarihli kararı, No. 93-11113 (Mehdi).

<sup>35</sup> Gary Marks/Liesbet Hooghe/Kermit Blank, European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance, *Journal of Common Market Studies* 34 (1996), s. 341, 346.

<sup>36</sup> Beate Gsell, *Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem*, AcP 214 (2014), s. 99 vd.

Uluslararası sözleşmeler, AB uyum süreci, uluslararası mahkeme içtihatları, Türk hukuk düzeninin münhasıran Ankara'da şekillenmediğinin göstergesidir.

### a. Yeknesak Hukuk Metodolojisi?

Yukarıda da belirtildiği üzere klasik hukuk metodolojisinin esas aldığı tek kanun koyucunun iradesi doğrultusunda şekillenen bir hukuk düzeni artık söz konusu değildir. Gerçekten de gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk, açık boşluk-örtülü boşluk ayırmaları yapılırken kanun koyucunun ilgili düzenlemeyi getirirken güttüğü amaç gibi hususlar incelenmektedir<sup>37</sup>. Oysa yukarıda etraflıca izah edildiği üzere kanun koyucudan bağımsız bazı müesseselerin koyduğu kurallar iç hukukumuzda etki etmektedir. Ulusal norm ile uluslararası norm arasında ihtilafın meydana gelmesi halinde ise bu ihtilafın nasıl ve hangi yöntemler çerçevesinde çözümleneceği sorusuna cevap aramak gerekecektir. Bu bağlamda farklı çözüm yollarının benimsendiği gözlemlenebilir. Bir yandan ortak ve yeknesak bir hukuk metodolojisinin geliştirilmesi fikri ortaya atılırken<sup>38</sup>, öte yandan her ülkenin kendine mahsus varsayımları<sup>39</sup>, kültürü ve idari çerçevenin farklı metodoloji anlayışlarına sebebiyet vermesi kuşkusuzdur<sup>40</sup>. Dolayısıyla çok aşamalı hukuk düzeninde gerek dikey, gerek yatay ilişkilerde metodolojik açıdan birçok soruna rastlamak mümkündür<sup>41</sup>. Bu sorunların çözümünde kanaatimizce dikkate alınması gereken iki yegâne unsur söz konusudur: Hukuk güvenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkesi.

### b. Hukuk Düzeninin Bütünlüğü ve Hukuk Güvenliği İlkesi

Özel hukuk süjesi öncelikle ulusal normları dikkate alacak, bunlara güvenerek hareket edecektir. Bu hükümlerin uluslararası normlara aykırı düşmesinden dolayı zımnen ilga edilmiş sayılması ise özel hukuk süjesinin hukuk düzenine olan güvenini sarsacak nitelikte olabilir<sup>42</sup>. Bu sebeple çok aşamalı hukuk sisteminin her aşamasının birbiriyle uyumlu bir halde olması ve normun muhatabına karşı bir bütün olarak gözükmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>43</sup>. Ancak bu bütünlüğü sağlarken yargı erkinin kendisine anayasal düzen

<sup>37</sup> Örneğin bkz. Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt 1 - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 8. Bası, İstanbul, 2014, s. 133 kn. 850: "Oysa boşluktan söz edebilmek için, kanunda bir hükmün bulunmamasının kanunkoyucunun bir ihmalden, bir unutkanlığından ya da o alanın hâkim tarafından tamamlanmasını istemesinden kaynaklanması gerekir".

<sup>38</sup> Gsell, s. 99, 104 ve orada dn. 15'te belirtilen yazarlar.

<sup>39</sup> Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M., 1970.

<sup>40</sup> Gsell, AcP 214 (2014),s. 99, 107 vd.

<sup>41</sup> Gsell, AcP 214 (2014),s. 99, 107.

<sup>42</sup> Yüksek Mahkeme 2013/4439 başvuru numaralı ve 6.3.2014 tarihli kararında aynen şu ifadelerle yer vermektedir: "Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluk bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır."

<sup>43</sup> Gsell, AcP 214 (2014),s. 99, 113; Axel Metzger, Extra Legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen, 2009, s. 271, 464.

çerçevesinde tanınan yetkileri ihlal etmesi söz konusu olamaz. Ulusal normun uluslararası normla uyuşmadığı gerekçesiyle hâkimin kanun koyucunun iradesini hiçe sayarak kendi iradesiyle ikame etmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Dolayısıyla birçok aşamayı içinde barındıran bir hukuk sistemini bir bütün olarak uygulayan hâkime çok zor bir görev düşmektedir.

### **c. Ulusal Mahkemeler ile Uluslararası Normları Yorumlamaya Yetkili Mahkemeler Arasındaki İlişki**

Hukuk güvenliğine hizmet eden bir diğer unsur, ulusal mahkemeler ile uluslararası normları yorumlama yetkisi kendisine tanınmış olan mahkemeler arasındaki ilişki olabilir. Örneğin Avrupa Adalet Divanı, üye ülke mahkemeleri ile kendisi arasındaki ilişkiyi karşılıklı işbirliği ve diyalog mekanizması olarak nitelendirmektedir<sup>44</sup>. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile sözleşmeye üye ülkelerin mahkemeleri arasındaki ilişkiye işaret edilebilir. Bu çerçevede özellikle ulusal mahkemelerin yargı faaliyeti esnasında AİHM'nin içtihatlarını dikkate almaları, üye ülke kanun koyucusunun AİHM içtihatları doğrultusunda sözleşmeye aykırı bulunan ulusal normlarda gerekli değişiklikleri yapması, bu işbirliğine örnek olarak gösterilebilir<sup>45</sup>. Anayasa Mahkemesi de bunu "sözleşme hükümlerinin zorunluluğu" ile ifade etmektedir.

Ancak şu hususa da dikkat çekmekte fayda var ki AİHM'nin kararlarına karşı temyiz imkânı ya da başka bir kontrol mekanizması söz konusu değildir. Dolayısıyla yapısal açıdan bir kontrol eksikliği söz konusudur<sup>46</sup>. Bu eksikliğin giderilmesi ya da en azından herhangi bir mağduriyete sebebiyet vermemesi için AİHM'nin üye ülkelerde mevcut olan hukuk geleneği ve hukuki özellikleri dikkate alması gerekmektedir. Bu da karşılıklı ilişkinin diğer yüzü olarak nitelendirilebilir.

## **2. Uluslararası Norm ile Ulusal Norm Arasındaki İhtilafın Çözümü İçin Gündeme Gelebilecek Metodolojik İmkânlar**

Metodolojik açıdan dikkate alınması gereken genel esaslara değinildikten sonra ulusal norm ile uluslararası norm arasında yaşanan ihtilaflara bazı örnekler verilecek ve bu örnekler Türk hukuku açısından değerlendirilecektir.

### **a. Amaca Uygun Sınırlandırma**

Amaca uygun sınırlandırma yöntemi, "kanunun amacı ile karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı, farklılaştırılmamış kelime anlamının, yorum yoluyla elde edilmiş düzenleme amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi veya bu alanla sınırlandırılması" olarak tanımlanmaktadır<sup>47</sup>. Bu çerçevede uygulama alanı amacına kıyasla çok geniş olan hükme sınırlandırıcı bir hüküm eklenmekte ya da dar anlamli kelime, geniş anlamli olana göre tercih edilmektedir.

<sup>44</sup> Gsell, AcP 214 (2014),s. 99, 108 ve orada dn. 34'te anılan yazarlar.

<sup>45</sup> Avrupa Anayasa Sistemi önerisi için bkz. Andreas Vosskuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, s. 1 vd.

<sup>46</sup> AAD ve üye ülkeler arasındaki ilişki açısından bkz. Gsell, AcP 214 (2014),s. 99, 119.

<sup>47</sup> Bkz. Kırca, s. 98-99, Larenz (Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., München, 1991) s. 391'e atfen.

Amaca uygun sınırlandırmaya örnek olarak Alman Federal Mahkemesi'nin özel hukuk alanında ulusal normlar ile AB yönergeleri arasındaki ilişkiyi metodolojik açıdan ele alan iki önemli kararına etraflıca değinmekte fayda vardır. Ardından bu yöntemin Türk hukuk metodolojisi açısından da esas alınıp alınmayacağı hususu incelenecektir.

#### aa. Alman Federal Mahkemesi'nin 26.11.2008 tarihli "Quelle" Kararı

Olay: *Quelle* firmasından fırın satın alan müşteri, bir müddet sonra malın ayıplı olduğunu satıcıya bildirmiş, bunun üzerine satıcı ayıplı malın tamirinin mümkün olmadığını belirtmiş ve müşteriye yeni bir fırın göndermiştir. Ancak satıcı aynı zamanda müşterinin ayıplı fırını kullandığı süre için 69,97 € değerinde kullanma bedeli (*Wertersatz*) talep etmiştir. Talep edilen ücreti, bütün haklarının saklı kalması şartıyla ödeyen müşteri, söz konusu haklarını bir tüketici koruma derneğine temlik etmiş, bu dernek ise, satıcıya karşı açtığı dava kapsamında ödenen 69,97 €'nun iadesini talep etmiştir<sup>48</sup>.

İhtilafın vukuu bulunduğu dönemde yürürlükte olan ve alıcının ayıplı malın değiştirilmesini ya da ücretsiz onarım talep etme hakkını düzenleyen BGB § 439/IV'e göre satıcı, ayıplı malı ayıpsız bir benzeri ile değiştirdiği takdirde BGB § 346, § 347 ve § 348'de belirtilen hakları, özellikle BGB § 346 f. 1 çerçevesinde öngörülen kullanım bedeli talep etme hakkını alıcıya karşı öne sürebilir. Öte yandan, Tüketim Mallarının Satışı ve Toplu Garantilerin Bazı Yönleri hakkında 25 Mayıs 1990 tarih ve 1999/44/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin (bundan sonra "Direktif" olarak anılacaktır) 3. Maddesi 2, 3 ve 4. fıkraları uyarınca ayıbın giderilmesi tüketicie herhangi bir masraf çıkartmaması ya da tüketici için önemli derecede bir rahatsızlık oluşturmamasıdır.

Federal Mahkeme ulusal düzenlemenin yönergeyle çelişkili olup olmadığı hususunda tereddüt yaşamış ve Direktif'in yorumlanması konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön karar başvurusunda bulunmuştur<sup>49</sup>. Mahkeme başvurusunu özellikle Alman Medeni Kanunu hükümlerinin Direktif'in amaçlarına uygun olarak yorumlanmasının klasik yorum metoduyla mümkün olmadığını, aksi takdirde, böyle bir yorumun, anayasada mevcut olan kanun ve hukuka bağlılık ilkesi<sup>50</sup> ile çelişeceği gerekçelerine dayandırmıştır<sup>51</sup>. „Kanunun lafzı ve kanun koyucunun açıkça beyan ettiği amacına ters düşüldüğü durumlarda, yorum sınırının aşıldığını" belirten mahkeme, bu bağlamda özellikle Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını örnek göstermiştir<sup>52</sup>. Öte yandan AB hukukunun ana prensiplerinden olan kanunların direktiflere uygun yorumlanması yükümlülüğüne değinen Federal Mahkeme, Avrupa Adalet Divanı'nın örnek içtihatlarına<sup>53</sup> yer vermiştir. Bu içtihatlara göre ulusal mahkemeler, kanunların

<sup>48</sup> Davacının diğer taleplerine, inceleme konusuyla bağlantılı olmadığından yer verilmeyecektir.

<sup>49</sup> Ön karar davasının topluluk hukukunun yorumlanma ve uygulanmasında yeri ve önemine ilişkin olarak bkz. Tolga Candan, AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 271 vd.

<sup>50</sup> Alman Anayasası 20. madde 3. fıkra da: "Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır" denilerek, yargının yasa ve hukuka bağlılığı düzenlenmiştir.

<sup>51</sup> BVerfGE 71, s. 81, 105; BVerfGE 95, s. 64, 93.

<sup>52</sup> BVerfGE 18, s. 97, 111; 98, s. 17, 45; 101, s. 312, 319.

<sup>53</sup> AAD, Slg. 1984, s. 1891 (von Colsin/Kamann).

çizdiği sınırlar çerçevesinde yorum yetkisinin bütün imkânlarını kullanarak ulusal kanunları direktiflerin lafzına ve özüne uygun olarak yorumlamakla yükümlüdürler<sup>54</sup>. Kanunların çizdiği sınırdan kasıt, anayasal kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Bu sebeple, yönergeye uygun yorumlama yükümlülüğü, mahkemelere mevcut anayasal düzenin ötesinde bir yorum imkânı tanımaz; diğer bir ifade ile kanunun lafzına ve özüne aykırı yorum yapma (*contra legem*) yetkisi mahkemelere tanınmamıştır<sup>55</sup>.

Avrupa Adalet Divanı, Alman Federal Mahkemesi'nin kaygılarına hak vererek, satıcıya, sattığı ayıplı malı geri alıp yenisiyle değiştirirken tüketiciden kullanma tazminatı talep etme hakkını veren bir düzenlemenin söz konusu Direktif'in 3. maddesinin 2-4 fıkralarına aykırı olduğuna hükmetmiştir<sup>56</sup>. Ön karar başvurusunu takiben ilgili kararın bağlayıcı olduğunu belirten Alman Federal Mahkemesi bir sonraki aşamada söz konusu kararın ulusal hukuka nasıl aktarılacağı hususunda metodolojik açıdan önemli tespitlerde bulunmuştur.

Kanun gerekçesini değerlendiren mahkeme, kanun koyucunun gerekçe de bir taraftan satıcıya kullanma bedeli talep hakkını açıkça tanımış olduğunu, diğer taraftan yine aynı gerekçe kapsamında bu hükmün direktife uygun olduğunu belirttiğinin altını çizmiştir. Fakat söz konusu hükmün tüketicilerle yapılan satış sözleşmelerinde de uygulanabilir olması nedeniyle direktife uygun olmadığı Avrupa Adalet Divanı'nın bağlayıcı olan kararı ile tespit edilmiştir. Bu tespitlerden yola çıkan mahkeme, kanun koyucunun beyanlarındaki bu çelişkiyi örtülü boşluk (*verdeckte Regelungslücke*) olarak nitelendirmiş ve BGB § 439'da, BGB § 346'ya yapılan afin tüketicileri kapsamadığına hükmetmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını örnek gösteren Alman Federal Mahkemesi, kanundaki boşlukların doldurulmasının, Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen hukuka ve kanuna bağlılık ilkesi sebebiyle yasaklanmadığını belirtmiştir<sup>57</sup>. Mahkemelere verilen bu yetki, kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından da bir sorun teşkil etmemektedir. Bu sebeple öğretilerde, sadece tarafları bağlayan bir mahkeme kararının kanun koyucunun yasama yetkisini etkilemediği savunulmaktadır<sup>58</sup>. Buna ilaveten, hâkimin davaya bak-

<sup>54</sup> Federal Mahkeme'nin BGB § 439'un "klasik" yorum metodlarıyla Direktife uygun yorumlanamayacağı tespiti, öğretilerde eleştirilere sebebiyet vermiştir. Nitekim bir görüşe göre, Adalet Divanı'nın kararı, kanunun Direktife uygun şekilde yorumlanamayacağı gerçeğini değiştirmemekle beraber, Adalet Divanı, Ulusal Mahkemelere kanuna karşı hüküm (*contra legem*) hakkı da tanıyamaz. Bu sebeple Adalet Divanı'nın kararı nasıl olursa olsun, mağdur, devletin sorumluluğu prensibine dayanarak, Almanya Federal Cumhuriyeti'ne karşı tazminat yoluna başvurusu gerekir (Lorenz, Anmerkung zu BGH, Vorlagebeschluss vom 16.08.2006, NJW 2006, s. 3202, 3203). Başka bir görüşe göre, Alman Federal Mahkemesi'nin aslında söylemek istediği, söz konusu Alman Medeni Kanunu hükmünün Direktife uygun yorumlanabilmesi için öncelikle bu hükmün Direktife ters düşüğünün Avrupa Adalet Divanı tarafından bağlayıcı olarak tespit edilmesi gerektiğidir. Böyle bir tespitten sonra, kanun koyucunun da direktife uygun kanun çıkartma zorunluluğunu dikkate alarak, mahkeme, kanunun lafzına karşı yorum yapabilecektir (Krş. Pfeiffer, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes, NJW 2009, s. 412, 413).

<sup>55</sup> AAD, NJW 2006, s. 2465; Türk Hukuku açısından bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul, 2012, s. 73 ve dn. 72'de belirtilen kaynaklar.

<sup>56</sup> AAD, 17.04.2008 tarihli kararı- C-404/06 = NJW 2008, s. 1433.

<sup>57</sup> BVerfGE 82, s. 6, 11 vd.; 111, s. 54, 82.

<sup>58</sup> Bkz. Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München, 2012, § 3 kn. 76.

maktan kaçınması yasağı da, bu bağlamda öne sürülen sebeplerdendir. Diğer taraftan kural koyma yetkisi mahkemelere yasama organlarının açıkça beyan ettikleri iradelerini kendi hukuk politikasına uygun şekilde değiştirme yetkisi vermemektedir. Alman Federal Mahkemesi, somut olayda kural koyarken kanun koyucunun isteklerini, kendi görüşleriyle değiştirmediklerini, bilakis kanun gerekçesinden, kanunda bir eksiklik olduğu sonucunun çıkartıldığını ve bu eksikliğin, yine kanun koyucunun amacı doğrultusunda giderildiğini belirtmiştir<sup>59</sup>.

#### **bb. Alman Federal Mahkemesi'nin 21.12.2011 tarihli "Fliesen" Kararı**

Olay: Davacı, yapı malzemeleri satan davalıdan 1191,61 € değerinde fayans satın almış, fakat fayanslar döşendikten sonra fayansların yüzeylerinde kararmalar meydana gelmiştir. Dava kapsamında mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda fayansların onarımının mümkün olmadığı ve tamamen sökülmesi gerektiği belirtilmiştir. Fayansların sökülmesinin bedeli ise 5026,35 € olarak belirlenmiştir. Bunun üzerine satıcıdan fayansları söküp yenilerini teslim etmesini ve döşemesini talep eden alıcı, satıcının bu isteğini yerine getirmemesinden dolayı mahkemeye başvurmuştur.

BGB § 439 f. 1'e göre alıcı, satılan ayıplı eşyanın onarılmasını ya da ayıplı eşyanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini ve teslim edilmesini talep etme hakkına sahiptir<sup>60</sup>. Fakat satıcı, alıcı tarafından kendisine yöneltilen talebin yerine getirilmesini, ifanın imkânsız olması veya orantısız maliyet yüklemesi sebebiyle BGB § 439 f. 3 uyarınca reddedebilir. Bu bağlamda özellikle sözleşmeye aykırılık olmasaydı malın değerinin ne olacağı, sözleşmeye aykırılığın önem derecesi ve alternatif seçimlik hakkın tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden kullanılıp kullanılmayacağı dikkate alınır. Eğer maliyetin orantısız olacağı veya seçilen hakkın imkânsız olduğu kabul edilirse alıcının talebi ifaya yönelik diğer seçimlik hakla sınırlıdır. Ancak satıcının bu seçimlik hakkın kullanılmasını da aynı gerekçelerle reddetmesi mümkündür. Örnek olarak, ayıplı eşyanın değiştirilmesi, ayıp dikkate alındığında aşırı masraflara yol açıyorsa, alıcı ancak satılan eşyanın onarımını talep etme hakkına sahip olacaktır. Satılan eşyanın onarımı da aşırı masraflara sebebiyet veriyorsa satıcı, alıcının bu yöndeki talebini de geri çevirme hakkına sahiptir<sup>61</sup>.

Alman Federal Mahkemesi bu hükümlerin de Direktifin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olup olmadığı hususunda şüpheye düşmüş ve yine Avrupa Adalet Divanı'na başvurmuştur. Avrupa Adalet Divanı özetle, şu şekilde karar vermiştir: İyi niyetli alıcı tarafından amacına uygun döşenen ayıplı malın ayıbının giderilmesi için satıcı, döşenen ayıplı malı sökmek ve teslim edeceği ayıpsız malı döşemek ya da bunların masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Satıcının satım sözleşmesi kapsamında satılan malın döşenmesini taahhüt edip etmediği bu bağlamda önem taşımaz. Ayrıca Mahkeme satıcıya alıcının her türlü onarım talep etme hakkını, aşırı masraflardan dolayı tamamen geri çevirme imkânı veren bir düzenlemenin Direktif ile bağdaştırılmayacağına hük-

<sup>59</sup> Krş. BVerfGE 82, s. 6, 11 vd.; 111, s. 54, 82.

<sup>60</sup> Krş. TBK m. 227/I, b. 3: satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı ve b. 4: ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi.

<sup>61</sup> Bkz. Bilgehan Çetiner, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi, Legal Hukuk 2007, s. 3139, 3148.

metmiştir. Ancak bu durumda satıcının yükümlülüğünün "uygun" masraflar ile sınırlandırılmasında bir sorun bulunmamaktadır<sup>62</sup>.

Avrupa Adalet Divanı'nın kararından sonra Alman Federal Mahkemesi'nin Alman Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri hakkında verdiği karar şu şekilde özetlenebilir:

(1) Yönergeye uygun yorum kapsamında BGB § 439 f.1'de düzenlenen alıcının "ayıpsız bir malın **teslimi**"ni talep etme hakkı, ayıplı malın sökülmesi ve götürülmesini de kapsar.

(2) BGB § 439 f. 3 b.3'de satıcıya alıcının ikinci seçimlik hakkını da reddetme imkânı veren düzenleme, Direktif'in 3. maddesine zıt düşmektedir. Bu sebeple ortaya çıkan boşluk, yeni bir kanuni düzenleme yapılanaya kadar, BGB § 439 f. 3'ün tüketicilerle yapılan sözleşmeleri kapsamadığı yönünde amaca uygun sınırlandırma yöntemiyle doldurulmalıdır. Buna göre tüketicilerin taraf olduğu satım sözleşmelerinde seçimlik haklardan sadece biri (yani sadece onarım ya da sadece ayıpsız bir malın teslimi) mümkün ise satıcının bu talebi geri çevirme hakkı olmayacaktır. Ancak satıcı bu durumda, uygun bir bedel ödeyerek sorumluluğunu yerine getirmiş olacaktır.

Yukarıda ele alınan *Quelle*-kararı ile mevcut karar gerekçeleri birbirleriyle yüksek oranda örtüşmektedir. Fakat iki karar arasında önemli bir fark vardır. Mahkeme ikinci kararında da kanun gerekçesine yer vermiş, fakat *Quelle* kararına kıyasla bu sefer kanun koyucunun somut olarak söz konusu sorunu (satıcının her türlü onarım talebini reddetme imkânının Direktife uygun olup olmadığı hususu) ele aldığını tespit edememiştir. BGB § 439 f. 4'te Direktife uygunluk sorusunu kanun gerekçesinde bizzat tartışan kanun koyucu, § 439 f. 3 çerçevesinde bu soruna değinmemiştir. Fakat Mahkeme, kanun koyucunun bu hususu tartışmadan yalnızca söz konusu düzenlemenin Direktife uygun olduğu varsayımından yola çıkmasının bir fark teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre her iki durumda da plan dışı bir boşluk söz konusudur. Esas olan direktife uygun kanun çıkarma amacının başarısız olmasıdır. Ayrıca Mahkemenin varsayımına göre kanun koyucu yaptığı düzenlemenin Direktife uygun olmadığını bilseydi elbette söz konusu kanunu çıkarmayacaktı<sup>63</sup>.

### cc. Kararların Değerlendirilmesi

Amaçsal sınırlama yöntemine başvuru durumlarda lafzına göre çok geniş bir uygulama alanına sahip olan kanun hükmü amacına göre sınırlandırıldığı için aslında kanunun amacı gerçekleştirilmeye çalışılır<sup>64</sup>. Amaçsal sınırlamanın başlıca hedefi, nasıl kıyas kapsamında eşitlik ilkesinden dolayı benzer olaya benzer bir hüküm uygulanıyorsa, tam tersi durumda da benzer olmayan durumlara aynı kanun hükmünün uygulanmasından doğacak eşitsizliğin bertaraf edilmesidir<sup>65</sup>. Bu esaslar doğrultusunda Alman Federal Mahkemesi söz konusu kararlarında öncelikle örtülü bir boşluk (*verdeckte Regelungslücke*) tespit etmiş, bu boşluğun doldurulmasında ise amaçsal sınırlama (*teleologische Reduktion*) yöntemine başvurup direktife uygun sonuca ulaşmıştır.

<sup>62</sup> AAD, 16.06.2011 - C-65/09 ve C-87/09, NJW 2011, s. 2269.

<sup>63</sup> BGH NJW 2012, s. 1073, 1077, kn. 34.

<sup>64</sup> Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg vd., 1995, s. 211.

<sup>65</sup> Larenz/Canaris, s. 211.

Bu bağlamda değinilmesi gereken ilk husus, hâkimin kural koyma yetkisinin sınırlarıdır. Hâkimin kural koyabilmesi için aranacak öncelikli şart, kanunda bir boşluğun tespit edilmesidir. Kanun boşluğunun hangi kriterlere göre tespit edileceğine dair Alman hukuk metodolojisinde iki eğilim tespit edilebilir: Bir yandan kanun koyucunun niyetini esas alan sübjektif görüş, kanun koyucunun açıkça ifade ettiği amacın aynı zamanda kural koyma sınırı olduğunu savunmaktadır<sup>66</sup>. Kanun koyucunun niyetinin tespit edilemediği durumlarda ise doldurulacak bir boşluk söz konusu olamaz. Bununla beraber kanunun lafzına karşı hukuk kuralı koymak mümkün olmayacaktır. Ortaya çıkan sorunun düzeltilmesi kanun koyucunun görevidir. Diğer bir görüşe göre ise kural koyma yetkisi, kanunun objektif amacına göre belirlenmelidir. Kanun koyucunun açık ve net ifadesi olmasa da, hukuk düzeni içerisinde meydana gelebilecek uyumsuzluklar plan dışı boşluk olarak nitelendirilebilmekte ve bu sayede hukuk kuralı koyma yöntemine başvurulması savunulmaktadır<sup>67</sup>. Kanunda bir boşluğun tespiti için, kanun koyucunun farklı amaçlarının birbirine zıt düşmesi zorunlu değildir. Kanunların birbirleriyle çelişmesi yeterli olacaktır.

Bu bağlamda iki kararı ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. Nitekim Federal Mahkeme birinci kararında sübjektif yorum yöntemine eğilim göstermişken, ikinci kararında daha objektif bir bakış açısı sergilemiştir<sup>68</sup>. Birinci kararında Mahkeme şöyle bir ayırım yapmıştır: Kanun koyucu somut ihtilafa konu olan düzenleme çerçevesinde sadece Direktif'e uygun bir düzenleme yapma amacını gütmemiştir. Hükmün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere düzenlemenin Direktif'e uygunluğu bizzat tartışılmış, ancak kanun koyucu söz konusu normun Direktif ile uyumlu olduğu sonucuna varmıştır. Oysa AAD'nin de tespit ettiği üzere ilgili düzenleme, tüketiciler açısından herhangi bir sınırlandırma öngörmediği için Direktif'e aykırıdır. Dolayısıyla tüketicilere mahsus bir sınırlandırmanın öngörülmemesi, Federal Mahkeme tarafından gizli boşluk olarak nitelendirilmiş, bu boşluğun direktife uygun şekilde doldurulmasını da yine kanun koyucunun amacına hizmet edici olarak değerlendirmiştir. Mahkemenin, kanun koyucunun niyetini ve kanun gerekçesini kapsamlı olarak incelemesinin sebebi de bu ayırma dayanmaktadır. Zira Federal Mahkeme kural koyarken yine kanun koyucunun açık ve net bir şekilde ifade ettiği gayesine başvurmuştur. Kanun koyucunun iradesini esas alan mahkeme birbiriyle çelişen iki farklı amaçla karşı karşıya kalmıştır. Söz konusu iki amaç arasında bir seçim yapmak, başka bir ifade ile iki amaçtan birine öncelik tanımak zorunda kalan mahkeme, sonuç itibarıyla kanun koyucunun Direktif'e uygun yasa çıkartmak amacına öncelik tanımıştır. Hemen belirtelim ki Mahkeme vardığı sonucu kendi iradesine değil, bizzat kanun koyucunun **açıkça ifade ettiği iradesine** dayandırmaktadır.

Öte yandan *Fliessen* kararında Federal Mahkeme bir adım daha ileri gitmiştir. Öncelikle kanunda bir boşluğun tespit edilebilmesi için kanun koyucunun açık ve net şekilde somut soruna değinmesinin gerekli olmadığı belirtil-

<sup>66</sup> BVerfGE 101, s. 312, 329; 98, s. 17, 45; BAG NJW 2006, s. 3161, 3164; Jörg Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München, 2005, s. 132 vd.

<sup>67</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, Festschrift für Franz Bydliniski, Wien/New York, 2002, s. 47, 92.

<sup>68</sup> Bkz. Beate Gsell, Entscheidungsbesprechung zu BGH - VIII ZR 70/08, ZJS 2012, s. 369 vd.

miştir. Federal Mahkeme'ye göre asıl dikkate alınması gereken husus, kanun koyucunun, mevcut hükmün Direktife uygun olmadığını bildiği takdirde söz konusu hükmü yine aynı şekilde çıkartıp çıkartmayacağı sorusudur<sup>69</sup>. Kanun koyucunun pekâlâ Direktif'e ters bir düzenleme yapmayacağı varsayımında bulunan Mahkeme, bu sebeple plan dışı bir boşluğun olduğunu kabul etmiş ve amaçsal sınırlandırma yoluna gitmiştir. Mahkeme, *Quelle* kararında kanun koyucunun somut olayla ilgili açık ve net bir ifadesini ararken, *Fliessen* kararında zımni bir niyetin yeterli olacağını savunmuştur.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarındaki izlediği yöntem, çeşitli açılardan değerlendirilecektir.

### **(1) Kanun Lafzına Zıt Yorum**

Söz konusu kararlarda her ne kadar amaca uygun sınırlama yöntemiyle plan dışı örtülü bir boşluğun doldurulması ele alınmış olsa da direktife uygun yorum metodu çerçevesinde kanun lafzının kural koyma açısından kesin sınır teşkil etmediği vurgulanmıştır. Nitekim kanun koyucunun Avrupa Birliği Direktifleri'ni iç hukuka yeterli düzeyde intikal ettiremediği takdirde, yargıya hukuk ihdas etme yolu açılmış olacaktır. Fakat *Quelle* kararında kanun koyucunun açıkça belirttiği niyetine dikkat çeken Mahkeme, *Fliessen* kararında kanun koyucunun genel olarak direktife uygun kanun çıkartma iradesini yeterli bulmuştur. Bundan da yine şu sonucu çıkartabiliriz: Kanun koyucu direktife uygun kanun çıkartmak istediğinde bunu yapamamış ya da yaparken hata yapmış ise yargının bu hatayı direktife uygun yorum/kural koyma yoluyla düzeltmesi mümkündür. Üstelik kanun koyucunun genel olarak direktife uygun yasa çıkartmak istediğini belirtmesi yeterli olacaktır. Öte yandan kanun koyucunun direktife uygun kanun çıkartmak istediği, fakat kanun lafzının dar tutulduğu durumlarda da söz konusu karara göre boşluklar direktife uygun kıyas yöntemiyle doldurulabilecektir.

### **(2) Kuvvetler Ayrılığı ve Hukuk Güvenliği İlkesi**

Anayasal ilkeler ve bu ilkelerin hukuk yöntemine etkisini daha iyi değerlendirebilmek için yukarıda değinilen iki karara, kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından bakmak faydalı olacaktır. Nitekim *Serozan*'ın da belirttiği gibi, "boşluk doldurma suretiyle yasa kuralı yaratıp düzeltme doğrudan doğruya anayasal "güçler ayrılığı" ilkesiyle ilgilidir. Yorumda yasama erkinin işine karışılmaz; ama boşluk doldurmada düpedüz yasama erkinin kural koyma ve değiştirme işlevine müdahale edilir"<sup>70</sup>. Her ne kadar objektif zamana uygun yorum yöntemi günümüz hukuk biliminde kabul görmüşse de, mevcut bir hükmün lafzına zıt kural koyan yargı, daima kanun koyucunun niyetinin çıkartılacak sonuca uygun düşüp düşmeyeceğini tespit etmek zorundadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucunun niyeti, daima bir başlangıç noktası olarak önem taşımaktadır. Aksi takdirde yargı, kendi iradesini kanun koyucunun takdiri üzerine koymuş olacaktır. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesi'nin *Fliessen* kararında kanun koyucunun genel olarak belirttiği direktife uygun kanun çıkartma niyetini bir boşluğun tespit edilmesi için yeterli görmesi, "tehlikeli" bir

<sup>69</sup> BGH NJW 2012, s. 1073, 1077 kn. 34.

<sup>70</sup> Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2014, § 5 kn. 27.

eğilim olarak nitelendirilebilir. Nitekim kanun koyucunun Direktiflere uygun yasa çıkartma istediği varsayımı, Direktiflere dayanan her kanun için öne sürülebilir. Bunun sonucu olarak yargı, direktife dayanan her kanunun lafzına zıt kural koyma yetkisine sahip olacaktır. Bu sayede de kendi yetki alanını kendisi belirleyecektir.

Bu netice hukuk güvenliği açısından incelendiğinde, söz konusu eğilimin tehlikeli sonuçları daha da belirgin hale gelmektedir. Federal Mahkeme her ne kadar iki kararında da hukuk güvenliği ilkesinin ihlal edilmediğini vurgulamış olsa da bu bağlamda belirttiği görüşler eleştiriye açıktır. Mahkeme her iki durumda da ihtilaf konusu olan hükümlerin öğretilerde tartışıldığını ve bu sebeple haklı bir güvenin söz konusu olmayacağını belirtmiştir<sup>71</sup>. Fakat açık bir kanun hükmünün sırf öğretilerde eleştirilmesinden dolayı hukuk güvenliğinin sarsıldığı sonucuna varılması tatmin edici değildir. Eleştirilerin AB hukuku temelli olması da bu sonucu değiştirmez. Kanunun kuşku uyandırmayacak şekilde açık lafzına olan güven, sonradan kanunun AB hukukuna ters düşmesinin tespit edilmesi sebebiyle korunmamaktadır. Böylece özellikle AB direktiflerine dayanan ulusal kanunların içeriği, açık ve net lafzına rağmen her zaman Avrupa Adalet Divanı tarafından değiştirilebilecek, söz konusu değişiklikler ise ulusal mahkemeler tarafından kural koyma yöntemiyle uygulanacaktır<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> BGH NJW 2012, s. 1073, 1078 kn. 47.

<sup>72</sup> Federal Mahkemenin Fliessen kararında yeterli gördüğü zimni amaç varsayımı, ayrıca yatay etki (AAD, içtihatlarında (Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, s. 723 vd.;Rs. C-91/92 (Dori), Slg. 1994, I- s. 3325 vd.) yönerge hükümlerinin prensip olarak sadece devlet-birey arasında (dikey ilişki) etkili olabileceğini belirtmiş, yönergelerin bireyler arasındaki yatay etkisini kesin bir şekilde reddetmiştir. Sebep olarak ise AAD, bireylere yükümlülükler getiren yönerge hükümlerinin doğrudan bir etki doğurmasının, yönergelerin doğrudan etki doğurması ile amaçlanan yaptırım düşüncesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir (daha geniş bilgi için bkz. Ahmet M. Güneş, Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi, AÜHF, 2009, C. 58, S. 2, s. 281, 301 vd.) açısından sorun teşkil etmektedir. Avrupa Adalet Divanı içtihatlarında, direktif hükümlerinin prensip olarak sadece devlet-birey arasında (dikey ilişki) etkili olduğunu, ancak Direktiflerin üye ülkeler tarafından yeterince iç hukuka yansıtılmadığı durumlarda yaptırım olarak doğrudan etki gösterebileceğini belirtmiştir. Fakat bu istisnanın istisnası da, bireylerin olumsuz yükümlülükler altına girmesidir. Bireylere yükümlülükler getiren direktif hükümlerinin doğrudan bir etki doğurması, amaçlanan yaptırım düşüncesine aykırılık teşkil etmektedir. Quelle kararında Alman Federal Mahkemesi, şöyle bir ayırım yapmıştır: Mevcut dava kapsamında kanun koyucunun açık ve net niyeti, sadece genel olarak direktife uygun bir yasa çıkartmak olmamakla birlikte, söz konusu kanun hükmü ile bizzat bağlantılı olduğu için, mahkeme kanunda gizli bir boşluk tespit etmiş, bu boşluğun direktife uygun yorum şeklinde doldurulmasını ise, kanun koyucunun amacını gerçekleştirmek anlamında değerlendirmiştir. Mahkemenin, kanun koyucunun niyetini ve kanun gerekçesini kapsamlı olarak incelemesinin sebebi de, bu ayrıma dayanmaktadır. Sonuç itibarıyla, kanun koyucunun yaptığı "hatayı" mahkeme yine kanun koyucunun açıkça ifade ettiği amacı çerçevesinde, hukuk ihdas etme yetkisine dayanarak düzeltmiş, bu düzeltme ise, kanun koyucunun niyetiyle örtüştüğü için direktifin yatay etkisi söz konusu olmamıştır.

Fliessen kararında ise Mahkeme, kanun koyucunun somut bir görüşünü bulamamış, fakat zimni amacını tespit etmeyi yeterli görmüştür. Mahkemenin varsayımı, şu soruya sebebiyet vermektedir: Bir direktif hükmünün bireyler için olumsuz doğrudan etki doğurması ile lafzı açık ve net olan bir kanun hükmünün amaçsal sınırlandırma yöntemiyle kişilerin aleyhine etki doğurması arasında bir fark var mıdır? Sonuç itibarıyla her iki durumda bir fark mevcut olmamakla beraber, birinci durumda direktif hükmü birey

### (3) Kanun Koyucunun Niyetinin Esas Alınması

Son olarak belirtelim ki Alman Federal Mahkemesi vardığı sonucu meşru kılabilmek amacıyla daima kanun koyucunun gayesini incelemiştir. Dolayısıyla mahkemenin kanun koyucunun gayesini en azından bir başlangıç noktası olarak kabul ettiği hususunda tereddüt etmemek gerekir. Bu başlangıç noktasından hareketle kanunun koyucunun farklı amaçlarının birbirine zıt düştüğü durumlarda AB direktiflerine uygun sonuçlara varma niyeti üstün tutulmuştur. Ancak mahkeme bu önceliği dahi yine kanun koyucunun direktife uygun kanun çıkartma niyetine dayandırmıştır.

### dd. Türk Hukuku Açısından Amaca Göre Sınırlandırma Yöntemi

Yukarıda da belirtildiği üzere amaca göre sınırlandırma yöntemi Türk/İsviçre hukukunda son dönemlerde kabul edilmeye başlamıştır. Oysa çok aşamalı bir hukuk düzeninde farklı aşamaların birbiriyle uyumlu hale getirilebilmesi için bu yöntemin taşıdığı önem, yukarıda etraflıca incelenen iki karar çerçevesinde gözlemlenebilir. AB direktiflerinin iç hukuka aktarıldığı Türk hukuk düzeninde de benzer sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Dolayısıyla amaçsal sınırlandırmanın Türk hukuku açısından da mümkün olup olmayacağı ve mümkün olduğu hallerde nelerin dikkate alınması gerektiği sorularına cevap aramak lazımdır.

Ancak öncelikle amaçsal sınırlandırma çerçevesinde hangi amacın esas alınması gerektiğini incelenmelidir. Amaçsal yorum çerçevesinde esas alınacak irade hususunda tarihi-sübjektif yönetime göre kanun koyucunun söz konusu hükmü koyarken güttüğü amaç belirleyicidir<sup>73</sup>. Ancak kanun koyucunun güttüğü amacın araştırılmasında yaşanabilecek zorluklar bir yana, tarihi-sübjektif bir bakış açısı, kanunun yaşayan bir kurum<sup>74</sup> olduğu gerçeği karşısında yetersiz kalmaktadır. Zira sübjektif-tarihi yöntemin savunucuları dahi bir takım objektif unsurları benimsemişlerdir<sup>75</sup>. Öte yandan kanun koyucunun iradesini değil, bizzat kanunun kendisini esas alan objektif görüşe göre günümüz sorunlarından haberdar bile olmayan bir kanun koyucunun iradesinin araştırılması, yorum faaliyetinin gayesi olamaz<sup>76</sup>. Özellikle *Radbruch*, kanunu yorumlayanın, kanunu kanun koyucudan daha iyi kavrayabileceğini ve kanunun kanunu getirenden daha “akıllı” olabileceğini belirtmiştir<sup>77</sup>. Ne var ki bu gerekçeler de eleştirilmiş, söz konusu görüşe göre uygulayıcının yorum yapmaktan çok kendi görüşünü dayattığı belirtilmiştir<sup>78</sup>. Bugün hâkim olarak nitelendirilebilecek

---

aleyhine sonuç doğurduğundan doğrudan uygulanamazken, ikinci durumda kişi aleyhine uygulanmaktadır. Bu durum, Mahkemenin varsayımının, yatay etki sorununa yol açtığını göstermektedir(Lorenz, NJW 2011, s. 2241, 2243 vd.).

<sup>73</sup> Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, 3. Baskı, İstanbul, 2012, s. 201; Dural/Sarı, s. 125 kn. 804.

<sup>74</sup> Dural/Sarı, s. 125 kn. 806.

<sup>75</sup> Bunlara örnek olarak Stammeler (Theorie der Rechtswissenschaft, s. 617) geçmişte ortaya konulan bir hukuki iradenin, ancak mevcut kanun koyucunun iradesi olarak benimsendiğinde geçerli olacağını ifade etmiştir. Nawiasky ise, yasa koyucunun en son isteğinin belirleyici olacağını savunmuştur (Allgemeine Rechtslehre, s. 130).

<sup>76</sup> Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart, 2010, s. 164.

<sup>77</sup> Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart, 1973, s. 207.

<sup>78</sup> Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., München, 2015, kn. 797.

görüş ise bu iki teorinin ortasıdır. Özellikle yüksek yargı kanun koyucunun iradesini yorum için bir başlangıç noktası olarak kabul etmekte, kanun koyucunun objektifleştirilmiş iradesini aramaktadır<sup>79</sup>. Esas olan kanunda ifade edilen kanun koyucunun objektif iradesidir. Bu irade özellikle kanunun lafzı ve sistematığı esas alınarak belirlenmelidir. Gerçekten de kuvvetler ayrılığı ilkesi dikkate alındığında, yargı erkinin objektif zamana uygun yorum çerçevesinde kanun koyucunun hükmü koyarken güttüğü amaçtan tamamen bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kanunun uygulandığı zamanki gerçeklere verebileceği bir cevabın araştırılmasında başlangıç noktası yine, kanun koyucunun hükmü koyarken güttüğü amaçtır<sup>80</sup>. Bu sebeple son olarak zikredilen görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

### (1) Kural Koymanın Hukuki Dayanağı

Türk/İsviçre hukukunda ağırlıkta olan görüş, gerçek olan ve gerçek olmayan boşluk ayrımını kabul etmekle birlikte, yalnızca gerçek boşluk durumlarında hâkime kural koyma yetkisi tanımaktadır<sup>81</sup>. Örtülü boşluklar ise bu görüşe göre gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirilmiştir<sup>82</sup>. Gerçek olmayan boşluklar MK 2 f. 2'ye tabi tutulmuş ve bu durumlarda hâkime kural koyma yetkisi verilmemiş, bununla beraber örtülü boşluklarda amaçsal sınırlama metodunun uygulanamayacağı görüşü savunulmuştur. Kanun hükmünü düzeltirken hâkimin ancak söz konusu kanun hükmünün somut olayda uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebildiği durumlarda çok büyük bir dikkatle düzeltilebileceği savunulmuştur<sup>83</sup>.

Fakat bu görüş son zamanlarda eleştiriye maruz kalmıştır<sup>84</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 121 III 219 sayılı kararında gerçek olmayan boşluk kavramını halen kullanmakta olup, mahkemenin gerçek boşlukları doldurulma yetkisine sahip olduğunu ve gerçek olmayan boşlukların doldurulmasının "genelksel" görüşe göre mahkemelerin yetkisi dışında kaldığını belirtmiştir. Kanun lafzının amacıyla çeliştiği durumlarda, örtülü fakat gerçek bir boşluğun varlığının kabul edilebileceğini vurgulayan Mahkeme, kural koyma yetkisini de bu tespitine dayandırmıştır<sup>85</sup>. Sonuç olarak İsviçre Federal Mahkemesi kav-

<sup>79</sup> Güncel örnek olarak bkz. BVerfGE 122, 248.

<sup>80</sup> Krş. Larenz/Canaris, s. 138 vd.

<sup>81</sup> Belirtilmelidir ki, gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk ayrımı, açık boşluk-açık olmayan boşluk ayrımı ile karıştırılmamalıdır (Oğuzman/Barlas, s. 98); daha geniş bilgi ve kaynak için bkz. Kırca, AÜHFD, 2001, s. 91, 95 vd.

<sup>82</sup> Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 98 vd. Karşı görüş ise, örtülü boşluğu, gerçek boşluğun bir alt kategorisi olarak değerlendirmektedir, bkz. Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk'a Giriş, 5. Bası, 2012, İstanbul, s. 100; Dural/Sarı, s. 136-137, kn. 864.

<sup>83</sup> Bkz. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 1962, Art. 1, kn. 296; Merz, Berner Kommentar, 1962, Art. 2, kn. 25; Serozan, § 5, kn. 21, s. 97; Şener Akyol, Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, 2006, İstanbul, s. 270-272; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, 8. Bası, 2011, İstanbul, s. 128; BGE 120 III 131, 134; 123 III 445.

<sup>84</sup> Honsell, Basler Kommentar, 4. Aufl., 2010, Art. 1 kn. 17.

<sup>85</sup> Bkz. BGE 121 III 219: "Zu beachten ist indessen, dass mit dem Lückenbegriff in seiner heutigen schillernden Bedeutungsvielfalt leicht die Grenze zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfindung contra verba aber secundum rationem legis und grundsätzlich unzulässiger richterlicher Gesetzeskorrektur verwischt wird. In differenzierender Auslegung ist daher vorab zu prüfen, ob der Wortsinn der Norm nicht bereits einem rest-

ramsal açıdan gerçek boşluk/gerçek olmayan boşluk ayırımını terk etmemiş, ancak örtülü boşlukların da gerçek boşluk teşkil edebileceğine ve bu boşlukların kural koyma yöntemiyle doldurulabileceğine hükmetmiştir<sup>86</sup>.

Öğretide ise Alman hukukunu esas alan bir görüş, gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk (*echte und unechte Regelungslücke*) ayırımını eleştirmektedir<sup>87</sup>. Zitelman'a<sup>88</sup> atfedilen gerçek/gerçek olmayan boşluk ayırımının günümüzde geçerliliğinin kalmadığı savunulmaktadır. Nitekim hukukta boşluk olmadığını kabul eden bu görüşe göre, kanunun tanımadığı her hak reddedilmeli ve yine kanunun öngörmediği bir istisna da tanınmamalıdır. Ancak bu pozitivist bakış açısı kıyas metodunun tartışmasız olarak benimsendiği günümüz hukuk metodolojisine ters düşmektedir. Kanunda mevcut plan dışı bir eksiklikten dolayı nasıl kıyas yetkisinin varlığı kabul edilmekteyse, kanun koyucunun istisnai durumu gözetmeksizin kanun hükmünü geniş tutmasından dolayı söz konusu hükmü sınırlandırma gereksinimi de inkâr edilmemelidir. Her iki durumda da kanunun lafzı, özüyle örtüşmemekte; birincisinde lafız çok dar, ikincisinde ise çok geniş tutulmuş bulunmaktadır<sup>89</sup>. Amaçsal sınırlandırmayı kanuna karşı kural koymak (*Rechtsfortbildung contra legem*) olarak nitelendirmenin bu sebepten dolayı yanlış olacağını belirten bu görüş, burada sadece kanunun lafzına karşı (*contra verba legis*) fakat kanunun amacına uygun olarak (*secundum rationem legis*) kural koyulduğuna dikkat çekmektedir<sup>90</sup>. Buna göre örtülü boşlukların doldurulmasında amaçsal sınırlandırma yöntemine başvurulabilmekle beraber, hâkim bu bağlamda MK md. 1'den doğan kural koyma yetkisine dayanmaktadır<sup>91</sup>. Bu görüşe göre, hâkimin kanun hükmünü "düzeltme" yetkisini MK md. 2 f.2'ye dayandırmak isabetli değildir. MK md. 2'nin amacı, hâkime hakkaniyetin gerekli kıldığı durumlarda pozitif hukuk kurallarını sınırlandırma ya da ortadan kaldırma yetkisini vermektir<sup>92</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'nin amaçsal sınırlandırma metodunu tanıdığı kararlarla beraber kanun hükümlerinin düzeltilmesi için MK md. 2'ye başvurma gereksinimi kalmamıştır. Nitekim "hakkın kötüye kullanılması" tabirinin bireysel bir durumu

---

rikativen Rechtssinn zu weichen habe, sodann, ob nicht bloss eine teleologisch nicht unterstützte Redundanz des grammatikalischen Rechtssinns gegeben sei, die durch eine Reduktion contra verba legis eingeschränkt werden muss. Der Lückenbegriff taugt diesfalls erst, wenn die teleologische Reduktion des Wortsinns ergibt, dass die positive Ordnung einer Regelung entbehrt, mithin eine verdeckte - aber echte - Lücke aufweist, die im Prozess der richterlichen Rechtsschöpfung zu schliessen ist".

<sup>86</sup> Krş. BGE 121 III 219: "Der Lückenbegriff taugt diesfalls erst, wenn die teleologische Reduktion des Wortsinns ergibt, dass die positive Ordnung einer Regelung entbehrt, mithin eine verdeckte - aber echte - Lücke aufweist, die im Prozess der richterlichen Rechtsschöpfung zu schliessen ist".

<sup>87</sup> Honsell, Art. 1 kn. 17; Kirca, AÜHFD 2001, s. 91.

<sup>88</sup> Ernst Zitelmann, Lücken im Recht, Leipzig, 1903.

<sup>89</sup> Honsell, Art. 1 kn. 17.

<sup>90</sup> Honsell, bir adım daha öteye gidip, kanun lafzının, kanun koyucunun amacıyla çeliştiği durumlarda bir "boşluğun" söz konusu olmadığını savunmaktadır. Fakat burada pekâlâ bir boşluk vardır; o da kanun koyucunun unuttuğu sınırlandırıcı ya da istisnai hükümden doğan boşluktur. Nitekim boşluğun manası (Lücke) bir hiç değil, kanunun amacına ya da genel sistematiğine uygun düşecek bir hükmün bulunmamasıdır (Larenz/Canaris, s. 196).

<sup>91</sup> Geniş bilgi için bkz. Kirca, AÜHFD 2001, s. 91, 97 vd.

<sup>92</sup> BGE 72 II 39 vd., 42.

belirttiği ve amaca ters olarak geniş tutulan kanun lafzının daraltılmasında uygun bir araç olmadığı savunulmaktadır<sup>93</sup>.

Fakat tekrar belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi iki dayanağı da halen geçerli kabul etmektedir. Diğer bir ifade ile muhtemel iki kanuni dayanağın kesin doğru ya da kesin yanlış olduğu hükmü verilmemiştir<sup>94</sup>. Oysa yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı kanunda tespit edilen boşlukların amaçsal sınırlandırma yöntemiyle doldurulması inkâr edilemez bir gereksinim olmakla beraber, bu işlevin hukuki dayanağı olarak MK md. 1'in daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda incelenen kararı, bu bağlamda yaşanan kavram kargaşasını gözler önüne sermekle beraber daha da zorlaştırmaktadır. Nitekim örtülü boşlukların aynı zamanda gerçek boşluk olabilecekleri tespiti dikkatle incelendiğinde, örtülü boşlukların hangi kriterlere göre gerçek ve hangi şartlarda gerçek olmayan boşluk olarak değerlendirilmesi gerektiği sorusuna açıklık getirmek gerekecektir. Örtülü boşlukların bazı durumlarda gerçek, bazı durumlarda da gerçek olmayan boşluk olarak değerlendirilebilme ihtimali belirsizliklere yol açmaya elverişlidir. Bu sebeple gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk kavramlarından bağımsız olarak tespit edilen örtülü boşlukların MK md. 1'e göre doldurulması daha isabetli olacaktır.

## (2) Kural Koyarken Dikkat Edilecek Hususlar

Kural koymanın kanuni dayanağı tespit edildikten sonraki aşamada boşluk doldururken MK md. 1'den doğan kural koyma yetkisine dayanan hâkimin hangi kriterleri dikkate alacağı sorusuna cevap aranacaktır. Bu bağlamda özellikle incelenmesi gereken husus, muhtemel bir amaçsal sınırlama yasağının mevcudiyetidir<sup>95</sup>.

Amaçsal sınırlandırmaya başvurulduğu durumlarda şu üç hususa dikkat çekilmektedir: Hukuk güvenliği, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve anayasa mahkemesinin kanunları iptal etme yetkisi<sup>96</sup>. Alman hukuk metodolojisinde, amaçsal sınırlandırma yasağı, hukuk güvenliği ilkesinden dolayı kanun hükmünün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmasını gerektiren durumlarda ortaya çıkar<sup>97</sup>. Hukuk güvenliği ilkesinin hangi durumlarda kanun hükmüne sıkı sıkıya bağlı kalınmasını zaruri kıldığı sorusunun cevabı ise yine kanunu yorumlayarak verilmelidir<sup>98</sup>. Ancak tam bu aşamada ilgili yöntemin zayıf noktası ortaya çıkmaktadır. Zira hâkim kendi yetkisinin sınırlarını kendisi belirlemektedir. Hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermek için söz konusu kanun hükmünü yorumlayan hâkim, bu bağlamda aynı zamanda kendi yetki sınırlarını kendisi çizmektedir. Hakimin MK md. 2 f. 2 sınırlamasından kurtulduğu ve dolayısıyla daha "rahat" hareket edebileceği<sup>99</sup> göz önünde bulundurul-

<sup>93</sup> Honsell, Art. 1 kn. 17.

<sup>94</sup> Honsell, Art. 1 kn. 17.

<sup>95</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Canaris, s. 192 vd.

<sup>96</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Die Kreditkündigung gemäß § 247 BGB und der "Wandel der Normsituation", WM 1978, s. 686, 691; Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, NJW 1987, s. 609, 612; Herresthal, (EuZW 2007, s. 396, 400) bu sınırların Avrupa Birliği Direktiflerine uygun yorum metodu çerçevesinde dikkate alınma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir.

<sup>97</sup> Diğer sebepler için bkz. Kırca, AÜHFD 2001, s. 91, 109 vd.

<sup>98</sup> Larenz/Canaris, s. 211.

<sup>99</sup> Bkz. Serozan, § 5 kn. 48.

duğunda, özellikle ikinci kriter olan kuvvetler ayrılığı ilkesi önem kazanmaktadır. Nitekim boşluk doldurmanın anayasal "kuvvetler ayrılığı" ilkesine etkisi ve hâkimin bu bağlamda "*düpedüz yasama erkinin kural koyma ve değiştirme işlevine müdahale*"<sup>100</sup> etmesinden dolayı söz konusu "rahatlık", çok sınırlı olmalıdır. Bu sonuç ise, hukuk güvenliği ilkesinin geniş anlamda yorumlanmasıyla mümkün olacaktır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin kanunları iptal edebilme yetkisi değerlendirilmelidir. Hâkimin amaçsal sınırlama yöntemiyle bir kanun hükmüne hiçbir uygulama alanı bırakmaması, Anayasa Mahkemesi'nin kanunları iptal etme yetkisi ile yarışabilir. Fakat amaçsal sınırlama kapsamında yasanın sadece belirli durumlarda uygulanması önlenmekte, sonuç olarak yasanın tamamen iptali söz konusu olmamaktadır. Son olarak belirtilmelidir ki hâkimin MK md. 1 çerçevesinde koyduğu kural, kanun derecesinde olmamakla beraber, prensip olarak sadece ilgili tarafları bağlamaktadır. Bu netice ise yukarıda belirtilen müdahalenin etkisini bir hayli zayıflatmaktadır.

Diğer taraftan şu hususa dikkat çekmek gerekir: hâkim, hoşuna gitmeyen bir hükmün uygulama alanını amaçsal sınırlandırma yoluyla tamamen kısıtlayıp, tespit ettiği "boşluğu" kıyas yoluyla daha uygun gördüğü bir hükümle doldurma yetkisine sahip değildir; bu yetki kanun koyucuya aittir. Lafza karşı yorum, ancak kanunun (objektif) amacının açık ve net bir şekilde ortaya konulabileceği durumlarda mümkün olmalıdır<sup>101</sup>.

### (3) Değerlendirme

İncelediğimiz kararlar ve verdiğimiz örneklerden sonra, hâkimin kural koyma yetkisini MK md. 1'e dayandırırken dikkat edilecek kriterler şu şekilde özetlenebilir:

1) Bir boşluğun olup olmadığını tespit ederken hâkim, yapılan düzenlemenin, kendi şahsi kanaati doğrultusunda değil, bizzat kanunun **kendi amacına** göre eksik olup olmadığını araştırmalıdır<sup>102</sup>. Bu araştırmanın başlangıç noktası kanun koyucunun niyeti olmakla beraber, söz konusu niyetin tespit edilemediği durumlarda, yukarıda belirtilen ilkeleri ihlal etmemek şartıyla objektif-zamana uygun bir yorum vesilesiyle ortaya çıkan boşluğu doldurmak mümkün olacaktır.

2) Kanun, amacına göre eksik değil de sadece hukuk politikası açısından eleştiriye açıksa, bu şartlar altında hâkimin kural koyma yetkisi doğmaz. Bu durumda zarara uğrayan birey, devletin sorumluluğundan doğan tazminat hakkına başvurmak zorundadır.

Bu kistaslara göre bir boşluk tespit eden hâkim, ikinci aşamada hukuk güvenliği sebebiyle kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmasının zorunlu olup olmadığını sorusuna, yine kanunu yorumlayarak cevap vermelidir.

Yukarıda belirtilen hukuki güvenlik ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri, layıkıyla dikkate alındığında, MK md. 2 f. 2 ve MK md. 1 arasındaki fark azalacaktır.

<sup>100</sup> Serozan, § 5 kn. 27, s. 122.

<sup>101</sup> Honsell, Art. 1 kn. 16.

<sup>102</sup> Oysa Alman Federal Mahkemesi, Fliessen kararında, kanunun kendi amacına göre değil, Avrupa Birliği Direktiflerinin amacına ters düştüğünden dolayı kural koyma yoluna gitmiştir. Quelle kararında ise sonuç itibarıyla yine Direktifin amacı gerçekleştirilmiş; fakat kanun koyucu, bu amacı kanun gerekçesinde somut kanun hükmü çerçevesinde tartıştığı için kendi amacı haline getirmiştir.

Bunu yaparken mahkemelerin öncelikle kanun koyucunun açık ve net ifade ettiği amacını esas almaları, kanunun muhatapları tarafından da daha isabetli olacaktır. Aksi durumlarda mahkemelerin kendilerinde kural koyma yetkilerini görmeleri, yukarıda belirttiğimiz tehlikenin somutlaşmış halidir: Kural koymanın şartlarını ve dolayısıyla kendi yetki alanının sınırlarını belirleyen mahkeme, yeteri kadar dikkatli ve çekingen davranmadığı durumlarda, hukuk güvenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini ihlal etmiş olacaktır. Her ne kadar güncel sorunlara cevap aranması zorunluluğu, objektif zamana uygun bir yorum yöntemini kaçınılmaz kılsa da yargının, kanun koyucunun iradesinden tamamen bağımsız olduğu iddia edilemez.

## **b. Anayasaya Uygun Yorum**

Yukarıda da belirtildiği üzere AİHS ve AİHM içtihatları, sözleşme tarafı olan Türkiye Cumhuriyeti'ni ve devletin her erkini bağlamaktadır. Dolayısıyla özel hukuk yargısı da sözleşmeyi ve AİHM içtihatlarını dikkate almak zorundadır. Bu zorunluluğun nasıl yerine getirileceği hususunda ise yine anayasaya uygun yoruma dair bazı örnekler üzerinde durulacak, ardından genel bir değerlendirmeye yer verilecektir.

### **aa. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lüth Kararı**

**Olay:** Hamburg şehri basın müdürü ve aynı zamanda Hamburg Basın Kulübü başkanı *Erich Lüth*, 1950 yılında büyük masraflarla çekilen ve tanıtılan "*Unsterbliche Geliebte*" filmini boykot çağrısında bulunmuş, buna gerekçe olarak filmin yönetmeni ve Nazi döneminde *Jud Süß* filmini de çeken *Veit Harlan*'ın öne çıkarılmasının Alman filmi açısından kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine filmin üretimini üstlenen şirket *Lüth*'e karşı BGB § 826<sup>103</sup> hükmüne dayanarak müdahalenin men'i davası açmış, mahkeme bu talebi haklı görmüş ve nihayet *Lüth*, Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde anayasa şikâyetinde bulunmuştur.

Temel hak ve özgürlükler ile özel hukuk arasındaki ilişki hususunda Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasası'nın bir "değerler sistemi" teşkil ettiğini, bu sistemin merkezinde ise insan kişiliğinin olduğunu belirtmiştir. Bu sistem, hukuk düzeninin bütün alanlarına sirayet etmektedir. Bu sebeple özel hukuk alanında da temel hak ve özgürlükler dikkate alınmalıdır. Değerler sisteminin özel hukuka etkisi yönetsel açıdan genel hükümler sayesinde gerçekleşecektir. Dolaylı etki olarak da nitelendirilen bu metoda göre temel hak ve özgürlüklerin içerdiği değer yargıları, özel hukukun genel hüküm niteliğindeki düzenlemeleri üzerinden bireyler arasındaki hukuki ilişkiler çerçevesinde etkisini gösterecektir.

Bu açıklamalar doğrultusunda mahkeme, genel hüküm olarak kabul edilen BGB § 826 düzenlemesinin<sup>104</sup> ve bu çerçevede özellikle "ahlaka aykırı" kavramının ifade özgürlüğünü sınırlandırabilecek nitelikte olduğunu, bu sebeple de ilgili hükmü yorumlarken anayasanın da göz ardı edilmemesini, hatta söz konusu kavramın anayasa „ışığında“ yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğünün özgürlükçü demokratik bir devlet için taşıdığı yegâne önem dikkate alındığında bu temel hakkın uygulama alanının

<sup>103</sup> İlgili hüküm, BK md. 49 f. 2'nin BGB'deki muadilidir.

<sup>104</sup> İlgili düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu'ndaki muadili, BK md. 49 f. 2 hükmüdür.

anayasa altında basit hukuk normlarıyla gelişigüzel sınırlandırılması kabul edilemez. Bilakis genel yasalar, temel hak ve özgürlüğü sınırlandırma görevini ifa ederken kendileri de bu temel hak ve özgürlüğün anlamı ışığında ele alınmalı ve bu hakkın içerdiği özel değeri her durumda muhafaza edecek şekilde yorumlanmalıdır. Mahkeme bu bağlamda temel hak ve özgürlük ile temel hakkı sınırlandıran özel hukuk hükmü arasında bir “karşılıklı etkileşim” ilişkisinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Buna göre her ne kadar genel yasalar lafzen temel hak ve özgürlüklere sınır koysalar da, bu yasalar da sınırladığı temel hak ve özgürlüğün özgürlükçü demokratik devlette değer koyan işlevi doğrultusunda yorumlanmalı ve bu hakkı sınırlayıcı etkisi açısından kendisi de sınırlandırılmaya tabi tutulmalıdır<sup>105</sup>.

### **bb. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kefalet Kararı**

**Olay:** Hiçbir mesleki eğitimi olmayan ve bir balık firmasında aylık 1150 DM maaş alan 21 yaşındaki şikâyetçinin babası 1982 yılında bankadan kredi limitinin 50.000 DM'tan 100.000 DM'a çıkartılmasını talep etmiş, banka ise bu talebi ancak kızının banka tarafından önceden hazırlanmış ve 100.000 DM'lık azami miktarın ve yan masrafların öngörüldüğü kefalet sözleşmesini imzalaması koşuluyla vereceğini belirtmiştir. İlgili sözleşmeye göre kefalet, bankanın asıl borçlusuyla olan ticari ilişkisinden doğan bütün mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak, şartlı ya da mutlak alacaklarını kapsamaktadır. Şikâyetçinin imzası üzerine kredi limitinin yükseltilmesi talebi onaylanmış, ardından baba gemicilik işine başlamış ve aynı banka bu sefer 1,3 Milyon DM değerinde bir geminin alımını finanse etmiştir. Ancak baba kredi borçlarını ödeyemeyecek hale geldiğinde 1986 yılının Aralık ayında (2,4 milyon DM değerinde) açık olan kredileri feshedip başvurucuya, kefaletten dolayı sorumlu tutulacağını bildirmiştir.

Ardından yaşanan mahkeme sürecinde Alman Federal Mahkemesi bankanın talebini, 18 yaşın üstünde olan kişinin ticari hayatta tecrübesi olmasa da, genel itibarıyla kefalet bildiriminin büyük bir risk içerdiğini bilmesi gerektiği gerekçesiyle haklı bulmuştur. Bunun üzerine kefil Federal Anayasa Mahkemesi'nde anayasa şikâyeti yoluna başvurmuş, mahkeme kefilin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Alman Anayasa Mahkemesi bu kararında da Alman Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler kısmının, bütün hukuk düzenini ilgilendiren anayasal temel değer yargılarını içerdiğine dikkat çekmiştir. Ancak bu temel değer yargılarının özel hukuk ilişkileri çerçevesinde doğrudan uygulanamayacağı, bilakis özel hukuk ilişkileri çerçevesinde doğrudan uygulama alanı bulan hükümler üzerinde etkisini göstereceği belirtilmiştir. Özellikle genel hüküm niteliği taşıyan soyut hükümlerin içeriğinin doldurulması, yani genel hükmün yorumlanması aşamasında anayasanın kabul ettiği bu objektif sistem esas alınacaktır<sup>106</sup>. Mahkeme bu sebeple hukuk mahkemelerinin, genel hükümleri yorumlayıp uygularken, temel hak ve özgürlükleri bir “*yönerge*” niteliğinde dikkate almaları gerektiğini vurgulamıştır. Bu hususu dikkate almadan karar veren hukuk mahkemesi, dava tarafının temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmiş olur<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> BVerfG vom 15.01.1958, BVerfGE 7, s. 198, 208 - (Lüth).

<sup>106</sup> BVerfGE 7, s. 198, 205 vd.; 42, s. 143, 148.

<sup>107</sup> BVerfGE 7, s. 198, 206 vd.

Anayasa şikâyetine konu olan somut olayda Mahkeme kuralın sözleşme serbestisi olduğuna işaret etmiştir. Mahkemenin yerleşik içtihatları uyarınca, kişinin hukuki ilişkilerini kendi iradesi doğrultusunda düzenlemesi, genel hareket serbestisinin bir parçasıdır. Anayasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrası, sözleşme serbestisini, "kişinin hukuk hayatında kendi kararlarını kendisinin vermesi" şeklinde garanti altına almaktadır<sup>108</sup>. Öte yandan sözleşme serbestisinin sınırsız şekilde kabul edilmesi söz konusu olamaz. Bilakis kanun koyucu bu serbestiyi gerekli olan yerlerde sınırlandırmakla yükümlüdür. Ancak bu sınırlandırmayı yaparken de Anayasa'nın objektif-hukuki ilkeleri ile bağlıdır.

Bu genel açıklamaların ardından Anayasa Mahkemesi somut başvuruda kefalet sözleşmesi tarafının sözleşme çerçevesinde hiçbir menfaat elde etmediğini, buna rağmen ömrü boyunca altından kalkamayacağı bir mesuliyet altına girdiğini vurgulamış, akdedilen sözleşmede Alman Medeni Kanunu'nun bütün koruyucu düzenlemelerinin kefil aleyhine devre dışı bırakıldığını tespit etmiştir. Bu sebeple Eyalet Yüksek Mahkemesi gâbin iddiasını haklı görürken Alman Federal Mahkemesi, kefalet sözleşmesini içerik denetimine tabi tutmak için herhangi bir sebep görmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise Federal Mahkemenin tarafların söz konusu sözleşmenin akdedilmesi ve içeriği hususunda ne derece hür iradeleri ile hareket edebildikleri sorusu üzerinde durmadığı sonucuna varmıştır. Nitekim somut olay çerçevesinde sözleşmenin bir tarafı yapısal olarak daha güçlü konumda ve sözleşmenin sonuçları güçsüz olan taraf açısından alışılacak şekilde ağır ise özel hukuk düzeni bu durumda güçsüz tarafın korunması için harekete geçmelidir. Bu hallerde özel hukuk mahkemeleri genel hükümlerin yorumlanması ve uygulanması esnasında, sözleşmelerin başkasının iradesini zorla dayatmak için bir araç haline gelmemesi için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Dolayısıyla mahkemeler ihtilafa konu olan sözleşmenin taraflar arasındaki yapısal denge bozukluğundan meydana gelip gelmediğini araştırmalı ve gerekli olduğu takdirde yürürlükte olan medeni kanunun genel hükümleri vesilesiyle düzeltme yoluna gitmelidirler. Ancak sözleşme dengesinin bozulması sorunu hiçbir şekilde tespit edilmemiş ya da sorunun çözümü için yanlış araçlara başvurulmuşsa, Anayasa tarafından garanti altına alınan sözleşme serbestisi ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır. Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Mahkeme'nin kararında bu hususları gereğince değerlendirmediklerini ve dolayısıyla anayasa tarafından garanti altına alınmış olan sözleşme serbestisi ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

### **cc. Türk Hukukunda Özellikle Anayasa Şikâyeti Işığında Anayasaya Uygun Yorum**

Esasen Alman hukukunda anayasal temel hak ve özgürlükler ile özel hukuk arasındaki ilişkinin bu denli etraflıca incelenmiş olması şaşırtıcı değildir. Gerçekten de anayasa şikâyeti imkânı, somut olay bazlı olduğu için özel hukuk mahkemeleri verdikleri kararlar çerçevesinde anayasal hak ve özgürlükleri de göz önünde bulundurmak zorunda kalmışlardır. Bu şekilde özel hukuk anayasada garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklerden bağımsız olarak şekillenmemiş, bilakis bu hükümler ışığında gelişmiştir.

<sup>108</sup> Hans-Uwe Erichsen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Heidelberg, 1989, s. 1210 kn. 58.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlüklerin özel hukuka etkisi tezinin özünü şu şekilde özetlemek mümkündür: Anayasa'da belirtilen temel hak ve özgürlükler gerek özel hukuk kanun koyucusunu, gerek bu kanunları uygulayan özel hukuk mahkemelerini bağlamaktadır. Öte yandan özel hukuk normlarından bazıları içeriği doldurulmaya muhtaç soyut düzenlemelerdir. Bunlar özellikle hakkaniyet, ahlaka aykırılık gibi kavramlardır. Bu soyut normların içeriği doldurulurken hâkimin kişisel kanaatinin esas alınması elbette kabul edilemez. Söz konusu soyut hükümlerin somutlaştırılması aşamasında Anayasa Mahkemesi, anayasada belirlenen objektif değerler düzeninin esas alınmasını önermektedir. Bu vesileyle bir taraftan özel hukuk sùjeleri arasında yatay etkisi söz konusu olmayan temel hak ve özgürlüklerin dolaylı etkisi mümkün kılmakta, diğ er taraftan genel hükümlerin objektif ve eş it nitelikte somutlaştırılması ve uygulanması garanti altına alınmaktadır.

Kanaatimizce bu yaklaşım tarzının Türk hukuku açısından benimsenmesi de isabetli olacaktır. Gerçekten de anayasa ş ikâyeti imkânının getirilmiş olması, özel hukuk alanında da temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınması hususunda etkili bir rol oynayabilecek niteliktedir. Bunun yönetsel altyapısı ise yukarıda belirtildiğ i şekilde genel hükümler üzerinden gerçekleştirilebilir. Örneğ in BK md. 27, sözleşme serbestisinin istisnası olarak zaten ahlaka aykırılığ ı öngörmektedir. Bu çerçevede ahlaka aykırılık kavramını hâkimin sübjektif değerlendirmesine bırakmak yerine Anayasa'mızda ve AİHS'de benimsenen ve AİHM içtihatları çerçevesinde geliştirilen temel hak ve özgürlükler çerçevesinde şekillendirilmesi, gerek hukuk güvenliğ i, gerek hukuk düzeninin bütünlüğü açısından daha isabetli olacaktır.

#### IV. Sonuç

Yapılan etraflı inceleme sonucunda öncelikle temel hak ve özgürlükleri esas alan AİHS ile diğ er uluslararası normları, özellikle AB hukuku temelli normları farklı değerlendirmek gerektiğ i neticesine varılmış tır. Gerçekten de temel hak ve özgürlükleri esas alan uluslararası normlara, doğ rudan Anayasa'mızda sevk edilen md. 90 f. 5 c. 2 hükmü doğ rultusunda öncelik tanınmıştır. Dolayısıyla bu tür normların uygulamacı açısından bağ layıcı nitelikte olduğu söylenebilir.

Öte yandan diğ er uluslararası normlar açısından, özellikle AB normları açısından böyle bir bağ layıcılık (henüz) söz konusu değildir. Ancak önemle belirtelim ki Türk kanun koyucusunun ilgili kanun gerekçesinde açıkça AB hukukunu iç hukukumuzda aktarma niyetini zikrettiğ i hallerde pekâlâ ilgili hükümlerin ve bu hükümleri münhasıran yorumlama yetkisine sahip mahkemelerin içtihatlarının dikkate alınması, kanun koyucunun bizzat iradesine dayanarak savunulabilir.

Lakin yukarıda etraflıca gerekçeleriyle belirtildiğ i üzere ulusal mahkemeler, ulusal normları uluslararası normlar ve içtihatlar ış ığında yorumlarken ve kural koyarken özellikle hukuk güvenliğ i ve kuvvetler ayrılığ ı ilkelerini dikkate almak zorundadırlar.

**KAYNAKÇA**

- Aebi-Müller, Regina E. u.a.: Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Artikel 1-9 ZGB, 2012.
- Akbulut, Pakize Ezgi: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama Yöntemi ile Daraltılması, 2016, İstanbul.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, 8. Bası, 2011, İstanbul.
- Akyol, Şener: Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, 2006, İstanbul.
- Atamer, Yeşim M./Baş, Ece: Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi C. 88, Y. 2014, Özel Sayı: 1, s. 19 vd.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, AcP (184) 1984, s. 202 vd.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, Festschrift für Franz Bydlinski, Wien/New York, 2002.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Kreditkündigung gemäß § 247 BGB und der "Wandel der Normsituation", WM 1978, s. 686 vd.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, NJW 1987, s. 609 vd.
- Candan, Tolga: AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 271 vd.
- Çetiner, Bilgehan: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi, Legal Hukuk 2007, s. 3139 vd.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt 1 - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 8. Bası, İstanbul, 2014.
- Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart, 2010.
- Ennecerus, Ludwig/Nipperdey, Carl: BGB Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Tübingen, 1959.
- Esser, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M., 1970.
- Gamillscheg, Franz: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP (164) 1964 s. 386 vd.
- Gsell, Beate: Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem, AcP 214 (2014),s. 99 vd.
- Gsell, Beate: Entscheidungsbesprechung zu BGH - VIII ZR 70/08, ZJS 2012, s. 369 vd.
- Güneş, Ahmet M.: Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi, AÜHFD, 2009, C. 58, S. 2, s. 281 vd.
- Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, 5. Bası, 2012, İstanbul.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas: Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel, 2010.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Heidelberg, 1989.
- Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, 3. Baskı, İstanbul, 2012.
- İnceoğlu, Sibel (Editör): İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul, 2013.

Kırca, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaçsal Sınırlandırma (teleologische Reduktion), AÜHFMD, C. 50 Sa. 1 Y. 2001, s. 91 vd.

Kramer, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern, 2013.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg vd., 1995.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., München, 1991.

Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München, 1960.

Lorenz, Stephan: Anmerkung zu BGH, Vorlagebeschluss vom 16.08.2006, NJW 2006, s. 3202.

Marks, Gary/Hooghe, Liesbet/Blank, Kermit: European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance, Journal of Common Market Studies 34 (1996), s. 341 vd.

Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte VI/1, Heidelberg/München, 2010.

Metzger, Axel: Extra Legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen, 2009.

Neuner, Jörg: Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München, 2005,

Oberhammer, Paul: Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214 (2014), s. 155 vd.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul, 2012.

Pfeiffer, Thomas: Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes, NJW 2009, s. 412 vd.

Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart, 1973.

Rainey, Bernadette/Wicks, Elizabeth/Ovey, Clare: Jacobs, White & Ovey, The European Convention on Human Rights, 5th Edition, New York 2010.

Ramm, Thilo: Die Freiheit der Willensbildung – Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung, Stuttgart, 1960.

Riesenhuber, Karl: Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin/New York, 2015.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., München, 2015.

Seifert, Achim: Die horizontale Wirkung von Grundrechten, Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, EuZW 2011, s. 696 vd.

Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2014.

van Dijk, Peter/van Hoof, Fried/van Rijn, Arjen/Zwaak, Leo (ed.): Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th Edition, The Hague, 2006.

Vosskuhle, Andreas: Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, s. 1 vd.

Wolf, Manfred/Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München, 2012.

Zitelmann, Ernst: Lücken im Recht, Leipzig, 1903.