

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt. XV, Nisan-2011, Sayı 2
Vol. XV, April-2011, No. 2**



**ANKARA
Mayıs-2011**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Editörler: Editors :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Değer KANYILMAZ Değer KANYILMAZ

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi
81. Sok. No: 9 Emek/ANKARA Tel : +90 312 216 23 09

Basım Tarihi : Mayıs 2011

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

| | |
|-----------------------------|---|
| Prof. Dr. Şahin AKINCI | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Ali AKYILDIZ | Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Enver BOZKURT | Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Aydın GÜLAN | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Hasan PULAŞLI | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Fırat ÖZTAN | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Adem SÖZÜER | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Cemal ŞANLI | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Süha TANRIVER | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Mehmet ÜNAL | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Baskı. Basıldığı Yer: Yıl. Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007. İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü: Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü: AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 51

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 15 Nisan 2011 Sayı 2

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu
Hilal Lale AYHAN.....1-58
- Avrupa Birliğinin 19 Ekim 1992 Tarihli ve 92/85/EEC Sayılı Yönergesi Bağlamında Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarında Korunması
İştar (URHANOĞLU) CENGİZ.....59-80
- MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış
Mustafa ERKAN.....81-122
- Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini
Ayşenur ŞAHİN.....123-166
- 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi Konusunda Yapılan Değişiklikler
Mücahit ÜNAL.....167-186

KAMU HUKUKU

- Demokrasi ve Bürokrasi Arasındaki Gerilim Temelinde Türk Hukukundaki Bazı Düzenlemelere Genel Bir Bakış
Özlem ÇELİK / Gamze AKSAN.....189-214
- Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik Ve Türk Yargı Sistemi
Serdar GÜLENER.....215-252
- Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması
Dilşat YILMAZ.....253-272

KARAR İNCELEMELERİ / DEĞERLENDİRMELER

- Terör Örgütüne Yardımın Yasaklanması Bağlamında ABD Yüksek Mahkemesinin ve AİHM'nin Aydın-Almanya Kararlarının Değerlendirilmesi
Ömer Serdar ATABEY / Ahmet ULUTAŞ.....275-284

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

Gazi University Faculty of Law Review

Volume 15 April 2011 Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Vendor's Warranty For Defects In International Sales
Contracts According To The United Nations Vienna Sales Convention
Hilal Lale AYHAN.....1-58
- Protection Of Women Workers In Pregnancy And Maternity Status
In The Context Of Council Directive 92/85/Eec Of 19 October 1992
İştar (URHANOĞLU) CENGİZ.....59-80
- An Overview Of Mandatory Rules In Turkish Law Within The Framework Of
Article 31 Of The Code On Private International Law And Civil Procedure
Mustafa ERKAN.....81-122
- Damages For Breach Of The Integrity Of The Body
Ayşenur şAHİN.....123-166
- Amendments About The Dematerialization Of
Securities Made By Law No 6102 Of Turkish Commercial Code
Mücahit ÜNAL.....167-186

PUBLIC LAW

- An Overview Of Some Provisions Of The Turkish Law System On
The Base Of The Tension Between Democracy And Bureaucracy
Özlem ÇELİK / Gamze AKSAN.....189-214
- Judicial Accountability As A Strengthening Mechanism
Of Judicial Independence And Turkish Judicial System
Serdar GÜLENER.....215-252
- Invalidation Of Administrative Acts By The Administration
In German Administrative Procedural Law
Dilşat YILMAZ.....253-272

DECISION REVIEWS / EVALUATIONS

- The Evaluation Of Decisions Of Supreme Court Of Us And European Court Of
Human Rights For Aydın V.Germany In The Context Of Prohibition Of Assistance
To The Terrorist Organisation
Ömer Serdar ATABEY / Ahmet ULUTAş.....275-284

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNDE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Hilal Lale AYHAN*

ÖZET

Milletlerarası ticarete, ortaya çıkan uyumsuzluklara ilişkin en önemli konulardan birisi malların sözleşmeye uygunluğudur. Viyana Satım Sözleşmesi'nde ayıplı ifa, "malların sözleşmeye uygunluğu" altında ele alınarak, ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu çalışma, Viyana Satım Sözleşmesi kapsamındaki milletlerarası ticari satımlarda ayıp ve ayıplı ifa kavramları ile ayıbı ortaya çıkaran sebepler ve satıcının sorumluluğunu incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmada temel olarak Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında BM Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri dikkate alınmakla birlikte, Türk hukukunda halihazırda yürürlükte olan (818 sayılı) Borçlar Kanunu ile 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerle de karşılaştırma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası satım, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında BM Sözleşmesi, malların uygunluğu, ayıp, ayıplı ifa, satıcının sorumluluğu, alıcının seçimsiz hakları.

VENDOR'S WARRANTY FOR DEFECTS IN INTERNATIONAL SALES CONTRACTS ACCORDING TO THE UNITED NATIONS VIENNA SALES CONVENTION

ABSTRACT

In international sales, one of the most remarkable issues is the conformity of goods. Defective performance is handled under the hedge of 'conformity of goods' and regulated in detail in Vienna Sales Convention. This study aims to analyze the concept of defect and defective performance, causes of defective performance and the liability of vendor in international commercial sales within the scope of Vienna Sales Convention. The study mainly carry out the analysis on the basis of UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods, but also compared the CISG system with the related clauses in Code of Obligations (no 818) in force and Turkish Code of Obligations (no 6098) in Turkish law.

Key Words: International sales, The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), conformity of goods, defect, defective performance, liability of vendor, seller's optional rights.

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Öğretim Görevlisi

GİRİŞ

Satım sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, satıcının temel borcu, taraflar arasındaki sözleşmeye uygun mal teslim etme borcudur. Satıcının bu yükümlülüğü malın maddi veya ekonomik anlamda ayıpsız olması anlamına geldiği gibi, malın üçüncü kişilerin hak veya taleplerinden ari olarak alıcıya teslim edilmesini ifade eden hak ayıplarından da yoksun olmasını içermektedir.

Kökene Roma hukukunda yer alan bu sorumluluk¹, milletlerarası ticarete ilişkin metinlerde de ele alınmıştır. Ayıba karşı tekeffül borcu, ulusal hukuklarda genellikle özel yasal düzenlemelere konu olmaktadır.² Ancak Viyana Satım Sözleşmesi (VSS), bu geleneksel eğilimi terk ederek, ayıba karşı tekeffülü ‘sözleşmenin ihlali’ kavramı çevresinde değerlendirmiştir.³ VSS’de satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ‘sözleşmeye uygunluk’ başlığı altında zapta karşı tekeffül sorumluluğu ile birlikte ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Milletlerarası ticari satımlarda, genellikle diğer tarafa nazaran özel korumaya muhtaç zayıf taraf bulunmadığından, VSS her iki tarafın (alıcı ve satıcının) menfaatlerini dengeleyerek ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ele almıştır.⁴

Çalışmada esas olarak VSS’de, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler incelenmekle birlikte, Türk hukukunda şu an yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerine ve yürürlükteki Borçlar Kanunu’ndan farklılık arz ettiği noktalarda 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda⁵ yer alan hükümlere de değinilerek karşılaştırmalı bir çalışma yapılmıştır.

¹ Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN / Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992, s. 90; İsmail KAYAR, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Ankara, 2004, s. 80.

² Cevdet YAVUZ, *Satıcının Satılanın (Malın), Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul, 1989, s. 13.

³ YAVUZ, *(Sorumluluk)*, s. 13-14.

⁴ Sonja KRUISINGA, *Non-Conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Uniform Concept?*, New York, 2004, s. 60-61.

⁵ 11/1/2011 tarihli TBMM Genel Kurulu’nda kabul edilmiş ve 04/02/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

I. GENEL OLARAK SATICININ TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Tekeffül sorumluluğunun, şartları ve hukuki sonuçları birbirinden bağımsız olan, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu olmak üzere iki farklı görünümü vardır.⁶ Başka bir deyişle, tekeffül sorumluluğu temelde ayıplı ifadan kaynaklanmaktadır ve ayıbın türüne göre sorumluluk hükümleri farklılaşmaktadır.⁷ Şöyle ki, ayıbın, hak ayıbı olarak ortaya çıktığı durumlarda satıcıyı zapta karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumlu kılmak mümkünken, ayıbın maddi ayıp olarak ortaya çıkması hâlinde satıcıyı ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumlu kılmak mümkündür.⁸

Viyana Satım Sözleşmesi (VSS) malların sözleşmeye uygun olmamasına ilişkin düzenlemelerde, ulusal düzeyde satım sözleşmesini düzenleyen hükümlerde yer verilen ve malların kalitesine ilişkin sözleşmeye dayanan yükümlülüğü ifade eden 'tekeffül' kelimesini kullanılmamış ve bu şekilde ulusal hukuk uygulayıcılarının önyargılarından kaçınmayı hedeflemiştir.⁹ Ancak bu çalışmada, Türk hukukundaki terminolojiye uygun olarak satıcının sorumluluğunu 'tekeffül sorumluluğu' terimi kullanılarak incelenecektir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde satıcının ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu, 'Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin İddiaları' başlıklı ikinci bölümde 35-44. maddelerinde düzenlenmiştir. VSS, ifaya dayalı sorumluluk düzeninden ve kusurdan bağımsız, sebep sorumluluğu niteliğinde bir sorumluluk türü olarak satıcının tekeffül sorumluluğunu düzenleyen Türk hukukuyla¹⁰ genel itibariyle uyuşmaktadır. Ancak ileride daha ayrıntılı biçimde açıklayacağımız üzere, VSS'de tekeffül sorumluluğu Türk hukukundan farklı olarak, ayıba ve zapta karşı tekeffül aynı çatı altında düzenlemiştir. Bu çerçevede VSS'nin benimsediği bu yöntemin, ulusal hukuklarda ayıba karşı tekeffülün özel düzenlemelere tabi kılınmasından daha ileri ve tercih edilir olduğu belirtilmektedir.¹¹

⁶ Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 2008, s. 96.

⁷ GÜMÜŞ, *a.g.e.*, s. 97.

⁸ GÜMÜŞ, *a.g.e.*, s. 96-97.

⁹ Harry M. FLECHTNER, "Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi", Çev. Zeynep ERVERDİ, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Ed: Yeşim M. ATAMER, S: 163-192, İstanbul, 2008, s. 166.

¹⁰ GÜMÜŞ, *a.g.e.*, s. 96.

¹¹ YAVUZ, *(Sorumluluk)*, s. 16.

II. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Milletlerarası ticari satımlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların büyük bir kısmı, sözleşme konusunun ayıplı olması sebebiyle ortaya çıkmaktadır.¹² Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, Viyana Sözleşmesinin ikinci bölümünde 35-40. maddeleri arasında düzenlenmiştir. VSS’de satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri incelemeyen önce, ayıp kavramının ne olduğunu belirtmek gerekir.

A. AYIP KAVRAMI VE TÜRLERİ

Viyana sözleşmesi, ulusal hukuk düzenlerinden farklı olarak ‘ayıp’ kavramı yerine ‘sözleşmeye uygunluk’ kavramını kullanmıştır.¹³ Ancak bu çalışmada, Türk hukukundaki genel eğilime uygun olarak ‘ayıp’ kavramı kullanılmıştır. Sözleşmede ayıp hükümlerinin özel olarak düzenlenmesi tercih edilmemiş, ayıplı ifa, eksik ifa, açık veya örtülü ayıp, lüzumlu vasıf, zikir ve vaad edilen vasıf, parça borcu, çeşit borcu gibi ayrımlar ve kavramların hepsi sözleşmeye uygun ifa kapsamında düzenlenmiştir.¹⁴

Ayıp, satılan malın satıcı tarafından vaat edilmiş veya sözleşmeyle izlenen amaca uygun olarak bulunması gereken ve beklenen niteliklerden yoksun olmasını veya alıcının sağlayacağı faydayı azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran noksanlıkları ifade etmektedir.¹⁵ Buna göre ayıp kavramı genel ve objektif işe yararlılık ve değerlilik kriterlerine göre değerlendirilmeyip, somut ve özel amaç kriterlerine, tarafların iradelerine, somut sözleşmeye ve vaadlere

¹² **Hakan ACAR**, “1980 Tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonu’nda Ayıba Karşı Tekeffül”, S: 25-50, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 26.

¹³ **Yeşim M. ATAMER**, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul, 2005, s. 181. Ancak VSS’de sözleşmeye uygunluk başlığı altında yer alan düzenle hem maddi ayıpları, hem de hukuki ayıpları içine alacak şekilde genişletmiştir. Böylece ayıba karşı tekeffül borcuna aykırılık ile zapta karşı tekeffül borcuna aykırılık birleştirilerek, her ikisi de sözleşmeye uygunluk kavramı içinde ele alınmıştır. Dolayısıyla hükümleri ve sonuçları açısından ayıbın hukuki ayıp veya maddi ayıp olması arasında fark yaratılmayarak aynı biçimde düzenlenmiştir.

¹⁴ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 183-184, 187; **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 26-27; **YAVUZ**, (*Sorumluluk*), s. 13-19.

¹⁵ **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, *a.g.e.*, s. 209; **Aydın ZEVKLİLER**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı, Ankara, 2002, s. 108; **Ömer ARBEK**, *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Ankara, 2005, s. 159; **Salih ŞAHİNİZ**, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Ankara, 2008, s. 44.

göre subjektif olarak belirlenmektedir.¹⁶

Türk hukukunda ayıp kavramı tanımlanmamıştır.¹⁷ Doktrinde ise satılan malın, satıcının zikir ve vaad ettiği veya diğer lüzumlu vasıfları taşı-maması sebebiyle alıcının sağlayacağı faydayı azaltan veya tamamen ortadan kaldıran noksanlıklar veya bozukluklar olarak nitelendirilmektedir.¹⁸ Başka bir ifade ile ayıp, “ tarafların iradesine göre olması gerekenle somut yaşam gerçeğine göre olan (istenenle gerçek) arasında alıcı zararına kendini gösteren kalite farkı, nitelik sapması”¹⁹ olarak tanımlanmaktadır.

Mala ilişkin ayıp, satılanın yırtık, kırık, çürük, lekeli vb. olması sebebiyle ortaya çıkan ‘maddi ayıp’, satılan malın değerini azaltan bir durum bulunması sebebiyle ortaya çıkan ‘ekonomik ayıp’ veya özel hukuk ya da objektif hukukun (kamu hukukunun) koyduğu sınırlamalar sebebiyle ortaya çıkan ‘hukuki ayıp’ şeklinde karşımıza çıkabilir.²⁰ Ayıba karşı tekeffülün temel uygulama alanı maldaki maddi ayıplardır.²¹ Ayıbın, hukuki ayıbın bir türü olarak görülen hak ayıbı şeklinde ortaya çıkması hâli ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun değil, zapta karşı tekeffül sorumluluğunun konusudur.²²

B. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Satım sözleşmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle her iki tarafın karşılıklı edimleri mevcuttur. Dolayısıyla alıcının

¹⁶ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 90.

¹⁷ 4077 sayılı Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun’da ayıplı malın ne olduğu belirtilmiş, ancak ayıp kavramı ne Borçlar Kanunu’nda, ne de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tanımlanmamıştır.

¹⁸ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 90; İsmail KAYAR, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Ankara, 2004, s. 209; ZEVKLİLER, *a.g.e.*, s. 108; Cevdet YAVUZ / Burak ÖZEN / Faruk ACAR, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, 2008, s. 53; Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri)*, Cilt: I, İkinci Bası, s. 112.

¹⁹ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 90-91.

²⁰ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 87-93; ARBEK, *a.g.e.*, s. 163 vd.; Cevdet YAVUZ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, 2002, 94; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 117-119; YAVUZ, *(Sorumluluk)*, s. 62; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 54; ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 47-48; ZEVKLİLER, *a.g.e.*, s. 110.

²¹ ARBEK, *a.g.e.*, s. 165.

²² Ancak hukuki ayıbın, malın zapt edilmesi tehlikesinden ayrılması gerektiğini belirten görüşler bulunduğu gibi, hukuki ayıbın malın zapt edilmesinden ayrılmasının bir takım sıkıntıları da beraberinde getireceği belirtilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, *(Sorumluluk)*, s. 62-64.

semeni ödeme edimi, ayıpsız bir malın mülkiyetinin geçirilmesi ediminin karşılığıdır.²³ Satım konusu malın ayıplı olması hâlinde ise karşılıklı olan bu edimler arasında dengesizlik ortaya çıkacak ve borç gereği gibi ifa edilmiş olacaktır.²⁴ İşte bu noktada, alıcının aleyhine olarak bozulan bu denklik, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile giderilmeye çalışılmaktadır.²⁵ Başka bir ifadeyle, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun amacı, alıcının ifa menfaatini korumaktır.²⁶

Ayıba karşı tekeffül borcunun hukuki niteliği farklı şekillerde açıklanmaya çalışılmıştır. Bunlar içerisinde ayıba karşı tekeffülü hata hükümlerine veya culpa in contrahendo hükümlerine dayandıran görüşler bulunduğu gibi, garanti benzeri sözleşme görüşü, kötü ifa görüşü ve ayıba karşı tekeffülü sui generis bir kurum olarak değerlendiren görüş gibi farklı yaklaşımlar da bulunmaktadır.²⁷

Ayıba karşı tekeffül borcu (ayıbı üstlenme borcu), satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır.²⁸ Satım sözleşmesinin satıcıya yüklediği ikincil ve yan borçlardandır.²⁹ Ayıba karşı tekeffülün söz konusu olduğu her olayda, satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu ihlâl edici bir durum ortaya çıktığı için, asli borcun ihlâli olarak nitelendirenler bulunmaktadır.³⁰ Bununla birlikte, satılanın ayıplarından sorumluluğu, kötü ifa sorumluluğu olarak değerlendiren görüş³¹ daha makul görünmektedir. Viyana Satım Sözleşmesi de bu anlamda, malın ayıplı olmasını, edimin ifa edilmemesinden ayırmıştır.³²

²³ ARBEK, *a.g.e.*, s. 158.

²⁴ ARBEK, *a.g.e.*, s. 159; ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 27.

²⁵ ARBEK, *a.g.e.*, s. 159; ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 27.

²⁶ ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 28.

²⁷ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 19-31.

²⁸ YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 54.

²⁹ YAVUZ, (*Borçlar*), s. 92; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 53. Aksi yöndeki görüş için bkz. YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 32.

³⁰ ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 28.

³¹ Bkz. YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 29.

³² Cesare Massimo BIANCA, "Article 35", Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, S: 268-283, Giuffrè, Milan, 1987, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb35.html>, Erişim Tarihi: 16.12.2010, s. 270.

C. AYIBI ORTAYA ÇIKARAN SEBEPLER

Satım konusu malın sahip olduğu nitelikler, o tür bir malda olması gereken veya vaad edilen niteliklerden sapıyorsa maddi ayıp söz konusu olur³³ ve satıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumluluğu gündeme gelir. Viyana Satım Sözleşmesi, m. 35'te yer alan ayıbı ortaya çıkaran sebepler, satıcının bu yükümlülüğünü olumlu olarak düzenlemiştir.³⁴ Başka bir ifade ile VSS'de, malın hangi hallerde ayıplı sayılacağı belirtilmemiş, ancak malların tesliminin hangi hallerde usulüne uygun olarak ifa edilmiş sayılacağı açıklanmıştır.³⁵ Dolayısıyla, madde hükmündeki nitelikleri taşımayan mal ayıplı mal olarak kabul edilecektir.

Taraflar, aralarındaki sözleşmede satıma ilişkin her hususu ayrıntılarıyla düzenlememiş olabilirler. Tarafların sözleşme ile düzenledikleri hususlara aykırılık hâlinde de ayıplı ifa söz konusu olabilecektir. Ancak taraflar satım sözleşmesinde bazı noktaları eksik bırakmışlarsa bu durumda VSS'de belirtilen kriterler dikkate alınarak ifanın ayıplı olup olmadığı tespit edilecektir. VSS m. 35/1'de genel bir hüküm getirilmiş, 35/2'de ise malların sözleşmeye uygunluğunun ne anlama geldiği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.³⁶ M. 35/2'de ikiye ayrılmaktadır; (a) ve (d) bendleri tarafların aksini kararlaştırmadıkları bütün hallerde uygulanacak, (b) ve (c) bentleri ise yalnızca belirli olgular varsa uygulama alanı bulacaktır.³⁷ 35. maddeye ilişkin başka bir ayırım daha yapılmaktadır. Aşağıda inceleyeceğimiz ayıbı ortaya çıkaran sebeplerin ilki edime ilişkin subjektif beklentilere aykırılık hâlinde, diğer dördü ise edime ilişkin objektif beklentilere aykırılık hâlinde ortaya çıkan³⁸ ve tarafların ara-

³³ GÜMÜŞ, *a.g.e.*, s. 97.

³⁴ BIANCA, (Art. 35), s. 269.

³⁵ BIANCA, (Art. 35), s. 271.

³⁶ Andrea VINCZE, "Conformity of Goods under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Overview of CIETAC's Practice", *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, S: 552-581, Ed: Camilla B. Andersen / Ulrich G. Schroeters, Wildy, 2008, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vincze3.html>, Erişim Tarihi: 18.12.2010, s. 554.

³⁷ UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, New York, 2008, 105.

³⁸ ATAMER, *a.g.e.*, s. 181 vd.; Peter SCHLECHTRIEM / Petra BUTLER, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin Heidelberg, 2009, s. 113 vd. VSS'nin ayıplı ifaya ilişkin hükümlerini, edime ilişkin beklentileri baz alarak kategorize eden ATAMER tarafından sözleşmeye uygunluk, 'edime ilişkin sözleşmesel (subjektif) beklentiler' ve 'edime ilişkin objektif beklentiler' şeklinde bir terminoloji

sındaki sözleşmede satıcının yükümlülüklerinin müphem olması hâlinde boşluk doldurma aracı olarak kullanılan³⁹ hükümlerdir.

1. TARAFLARCA KARARLAŞTIRILAN SÜBJEKTİF NOKTALARA UYGUN OLMAMASI

Sözleşmenin 35/1. maddesine göre;

“Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır.”

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için maldaki ayıpları bilmesine gerek yoktur.⁴⁰ VSS’de buna ilişkin açık hüküm bulunmamasına rağmen, sözleşmenin yorumundan ve genel hukuk ilkelerinden hareketle bu sonuca varılabilecektir.⁴¹ Buna göre, satıcının, sözleşmede kararlaştırılan miktarda, türde ve kalitedeki malı teslim etmesi, ayrıca uygun paketlenme ve muhafaza sunması uygun ifa için gereken subjektif şartlardır.⁴² M. 35/1 hükmü, malların sözleşmeye uygun olup olmadığının belirlenmesinde tamamlayıcı bir rol oynamaktadır.⁴³ Taraflar, açık veya zımni olarak mala ilişkin diledikleri düzenlemeyi sözleşme ile yapabilirler.⁴⁴ Malın sözleşmeye uygunluğunun belirlenmesi için getirilen bu kriterler, tarafların malın sözleşmeye uygunluğunun belirlenmesinde başka türlü bir kriter kararlaştırmamaları hâlinde uygulanacaktır.⁴⁵

Kriterlerden birisi satım konusu malın miktarıdır. VSS’de yer alan düzenlemede ayıplı ifa, ‘sözleşmeye uygunluk’ başlığı altında eksik ifa ve fazla ifayı da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.⁴⁶ Dolayısıyla ayıplı ifa ile eksik ifa/fazla ifa arasındaki sınırın belirlenmesi pratik anlamda önem taşımamak-

açıklanmıştır. Çalışmada da yazarın kullandığı bu terminoloji benimsenmiştir.

³⁹ **Thomas NEUMANN**, “Features of Article 35 in the Vienna Convention; Equivalence, Burden of Proof and Awareness”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, S: 81-97, 2007, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/neumann.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010, para. 6.

⁴⁰ **ACAR**, *a.g.e.*, s. 27.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ACAR**, *a.g.e.*, s. 27-28.

⁴² **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 184.

⁴³ **BIANCA**, (*Art. 35*), s. 272.

⁴⁴ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 185.

⁴⁵ **BIANCA**, (*Art. 35*), s. 272.

⁴⁶ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 189. Aynı yöndeki görüş için bkz. **Benjamin K. LEISINGER**, *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, June 2007, s. 127-128.

tadır. Zira VSS'de eksik/fazla ifa hâlinde de kural olarak ayıplı ifanın ortaya çıktığı kabul edilecek ve alıcı ayıptan doğan haklarının kullanabilecektir.⁴⁷

Miktar dışında tarafların sübjektif olarak belirledikleri diğer kriter malın kalitesidir. Tarafların sözleşmede açıkça malın kalitesini kararlaştırmaları hâlinde herhangi bir sorunla karşılaşılmazken, malın kalitesinin sözleşmede ayrıntılarıyla belirlenmediği hallerde malın kalitesinin tespit edilmesi esas problemi yaratmaktadır.⁴⁸

Tarafların sübjektif olarak belirledikleri bir başka nokta ise malın türüdür. Tarafların kararlaştırdıkları türde mal yerine başka bir malın ifası (*aliud ifa*)⁴⁹ hâlinde satıcının ifa etmediği kabul edilirse, genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması gerekirken; satıcının yaptığı *aliud* ifanın, ifa olarak kabul edilmesi hâlinde ayıplı ifa hükümlerinin uygulanması gerekir.⁵⁰ Bu nedenle farklı türde mal teslim edilmesi durumunda, öncelikle yapılan bu teslimin ifa olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir.⁵¹

⁴⁷ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 189. Ancak taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan miktardan fazla malın teslim edilmesi ve fazla miktarın azaltılamaması hâlinde alıcının malı teslim almaktan kaçınma hakkı olup olmadığı tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **LEISINGER**, *a.g.e.*, s. 128.

⁴⁸ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 190-194. Bu konuda PECL ve UNIDROIT Prensiplerine başvurulabileceği belirtilmektedir. UNIDROIT m. 5.1.6'ya göre, taraflar arasındaki sözleşmede ifanın kalitesinin belirlenmemiş ve belirlenebilir olmaması hâlinde, sözleşmeciyi taraf, koşullara göre makul ve ortalamanın altında olmayan ifade bulunmak zorundadır. Aynı şekilde PECL m. 6:108'e göre, sözleşmede ifanın kalitesinin belirtilmemiş olması hâlinde, taraf, en azından ortalama kalitede ifade bulunmak zorundadır. Maddenin yorumunda da bu ifanın makul olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla VSS kapsamındaki satımlarda, tarafların malın kalitesini kararlaştırmamaları hâlinde, malın kalitesi, PECL ve UNIDROIT Prensipleri ışığında yorumlanabilecektir. Bkz. **René Franz HENSCHEL**, "Interpreting or Supplementing Article 35 of the CISG by Using UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law", November 2004, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010.

⁴⁹ Satıcının, alıcıya, sözleşme konusu olan mal dışındaki başka bir şeyi teslim etmesi hâlinde *aliud* ifa söz konusu olur. *Aliud* ifa da satıcı, satılan malı değil, tarafların aralarında kararlaştırdıklarından başka bir şeyi teslim etmektedir. Yani taahhüt edilen veya ısmarlanan mal teslim edilmemektedir. Oysa ayıplı ifa da satıcı, taahhüt ettiği malı teslim etmekte, ancak taahhüt edilen mal teslim edilmesine rağmen bu malda maddi, hukuki veya ekonomik bir noksanlık veya bozukluk bulunmaktadır. Bkz. **ŞAHİNİZ**, *a.g.e.*, s. 32.

⁵⁰ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 190.

⁵¹ Ancak tarafların kararlaştırdıkları maldan tamamen farklı türde bir mal teslim edilmesine rağmen, alıcı bu malı kabul etmişse, bu durumda taraflar arasında zimnen yeni bir sözleşme kurulduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Ercüment ERDEM**, "Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu", Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Ed: Yeşim M. ATAMER, S: 105-162, İ-

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yorumlanmasında, *aliud* ifanın, ayıplı ifa olarak kabul edilmeyip, malların hiç teslim edilmemesi olarak kabul edileceği belirtilmiştir.⁵² Bu gibi durumlarda ayıplı ifa ile *aliud* ifa arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Bu nedenle somut olaya bakılarak ve ticari hayattaki yaygın kanaatlere göre, yapılan teslimin *aliud* ifa mı, ayıplı ifa mı olduğu tespit edilmelidir.⁵³

Tarafların sözleşme ile belirleyebilecekleri diğer bir nokta ise malın paketlenmesi ve muhafazasıdır. Ulusal hukuklarda paketlenme yükümlülüğü genellikle yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirildiğinden ayıp hükümlerinin uygulama alanına girmemesine rağmen, VSS bu tür bir ayırım yapmamıştır.⁵⁴ Malın paketlenmesi ve muhafazası, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıklarından farklı şekilde yapılmış olabilir, ancak bu durum her zaman için ayıplı ifayı gündeme getirmez. Malın ambalajı, malın zarar görmemesi amacının ötesinde bir amaca hizmet edecek şekilde malın niteliklerinden birini oluşturuyorsa, kararlaştırılan türde paketlenmemesi tek başına sözleşmeye aykırılık oluşturur⁵⁵ ve bu durumda ayıplı ifa gündeme gelebilir. Ancak ambalajın yalnızca malı zarardan korumak amacına hizmet etmesi hâlinde dahi mal, alıcıya ayıpsız olarak teslim edilebilmişse sözleşmeye aykırılık oluştuğunu kabul etmek mümkün değildir.⁵⁶ Burada somut olaya bakılarak malın paketlenmesi ve muhafazasının bir ayıplı ifa oluşturup oluşturmadığı belirlenmelidir.

tanbul, 2008, s. 112. Buna karşılık, VSS m. 35'in *aliud* ifayı da kapsadığını belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz. **HUBER**, *a.g.e.*, s. 275; **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 27-28. Türk hukukunda satılan mal yerine bir başka malın teslim edilmesi yani *aliud* ifa hâlinin hiç ifa etmeme hâli olduğu kabul edilmekte ve bu durumda BK 96 vd. maddelerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda *aliud* ifa bir ayıplı ifa oluşturmamaktadır. Bkz. **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, *a.g.e.*, s. 94-95; **ŞAHİNİZ**, *a.g.e.*, s. 32; **TANDOĞAN**, *a.g.e.*, s. 119-120; **YAVUZ**, (*Borçlar*), s. 95; **YAVUZ / ÖZEN / ACAR**, *a.g.e.*, s. 54; **ZEVKİLİLER**, *a.g.e.*, s. 110-111.

⁵² Bkz. **BIANCA**, (*Art. 35*), s. 273. Buna karşılık, Viyana Satım Sözleşmesinde *aliud* ifa ile ayıplı ifa arasında ayırım yapılmadığı ve ikisinin de sözleşmeye aykırılık potasında eritildiği belirtilmektedir. Bkz. **Hakan ÖZDEMİR**, “Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Çerçevesinde Uluslararası Ticari Satımlarda Malların Sözleşmeye Uygunluğu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 7.

⁵³ **YAVUZ / ÖZEN / ACAR**, *a.g.e.*, s. 55.

⁵⁴ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 194.

⁵⁵ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 195.

⁵⁶ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 195.

Malların yalnızca sözleşme ile kararlaştırılan subjektif kriterlere uygun olmaması ayıplı ifa hâlini oluşturmaz, objektif kriterlere aykırılık hâlinde de ayıp ortaya çıkabilir. VSS'de ayıplı ifa hâlini oluşturan ve aşağıda inceleyeceğimiz objektif kriterlere de yer verilmiştir.

2. TAŞIMASI GEREKEN ZORUNLU NİTELİKLERİ TAŞIMAMASI (NORMAL KULLANIM AMACINA UYGUN OLMAMASI)

Sözleşmenin 35/2. maddesinin (a) bendine göre;

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler, mallar sözleşmeye uygun sayılırlar.”

Buna göre mallar, aynı türden malların kullanım amacına uygun değilse ayıplı mal olarak nitelendirilecektir. Başka bir deyişle, mallardan beklenen faydanın sağlanabilmesi için kullanılacak aynı cins ve özellikteki mallardan farklı olması hâlinde mal ayıplı maldır.⁵⁷

Bu hüküm, ayıbın tespitinde objektif kriter öngörmektedir.⁵⁸ Maldan beklenen faydanın elde edilmesi, malların mükemmel, en üst kalitede olması anlamına gelmeyip, malın, normal kullanımı için gereken makul bir seviyede olmasıdır.⁵⁹ Tarafların malın kullanım amacına ilişkin özel bir düzenleme yapmamış olmaları hâlinde, en azından malın mutad kullanıma uygun olmasını istedikleri varsayılmaktadır.⁶⁰ Bu durumda malın en azından, benzer mallarda bulunan ortalama nitelikleri taşıması gerekir.⁶¹

Burada ‘mutad kullanım’ kavramının neye göre tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira ülkelerdeki kültürel, ekonomik, hukuki farklılıklar mutad kullanım kavramının farklı şekillerde anlaşılmasına sebep

⁵⁷ ACAR, *a.g.e.*, s. 31; ATAMER, *a.g.e.*, s. 199; BIANCA, (Art. 35), s. 274.

⁵⁸ ACAR, *a.g.e.*, s. 31; ATAMER, *a.g.e.*, s. 196. Buna karşılık, VSS m. 35/2'nin (a) bendinde objektif bir kriter olmadığı, ancak somut olaydaki koşullar dikkate alınarak tarafların varsayılan iradelerinin yorumlanmasına ilişkin bir kural olduğu belirtilenler de bulunmaktadır. Bkz. René Franz HENSCHEL, “Conformity of Goods in International Sales Governed By CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules”, Nordic Journal of Commercial Law, Vol. 2004/1, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel2.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010, s. 7.

⁵⁹ ACAR, *a.g.e.*, s. 31; UNCITRAL, *a.g.e.*, s. 105.

⁶⁰ ATAMER, *a.g.e.*, s. 199.

⁶¹ BIANCA, (Art. 35), s. 274.

olabilecektir.⁶² Bir görüşe göre, mutad kullanımın kapsamının belirlenmesinde satıcının işyerinin bulunduğu ülkedeki ve alıcının malları kullanacağı ülkedeki⁶³ standartlar esas alınmalıdır.⁶⁴ Zira satıcının diğer ülkelerde geçerli kabul edilen standartları bilmesi beklenemez.⁶⁵ Buna karşılık, mutad kullanımının belirlenmesinde alıcının veya satıcının ülkesindeki standartların kabul edilmesi yerine, her somut olayda, olayın özelliklerine bakılarak mutad kullanım amacının belirlenmesi gerektiği de savunulmaktadır.⁶⁶ Gerçekten de ticari hayatta bu standartlara ilişkin bir genelleme yapmak yerine, somut olaydaki koşulların dikkate alınması daha adil bir sonuç doğuracaktır. Bununla birlikte, mutad kullanım amacının belirlenmesinde, ticari hayattaki anlayışın esas alınacağı da genel kabul görmektedir.⁶⁷

Malın normal kullanımını için gerekli olan bir başka kriter ise ‘ticarete elverişlilik’ şeklinde ifade edilen,⁶⁸ malın tekrar satılabilir nitelikte olmasıdır.⁶⁹ Zira milletlerarası ticarete satıma konu olan malın alıcısı genellikle nihai kullanıcı olmayıp, bunları tekrar satmak amacıyla satın almaktadır.⁷⁰

VSS’de malın dayanıklılığına ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte,⁷¹ malın mutad kullanım amacına uygun olduğunun kabul edilebilmesi

⁶² **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 201; **SCHLECHTRIEM / BUTLER**, *a.g.e.*, s. 116.

⁶³ Ancak bu görüş kabul edilse dahi, satıcının, alıcının malları kullanacağı ülkedeki mutad kullanıma ilişkin standartları karşılamayan bir mal teslim etmesi hâlinde, malın ayıplı olduğunun kabul edilebilmesi için satıcı, malın belirli bir ülkede kullanılacağını bilmelidir.

⁶⁴ **BIANCA**, (*Art. 35*), s. 274.

⁶⁵ **BIANCA**, (*Art. 35*), s. 274.

⁶⁶ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 203. Benzer yöndeki görüş için bkz. **SCHLECHTRIEM / BUTLER**, *a.g.e.*, s. 119.

⁶⁷ **Ulrich ZIEGLER**, *Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht*, Baden-Baden, 1995, s. 70’den; **Andre JANSSEN**, *Die Untersychungs- und Rügepflichten im deutschen, niederländischen und internationalenKaufrecht*, Baden-Baden, 2001, s. 81’den; **Christoph BRUNNER**, *UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Überkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern, 2004, Art.35, N. 8’den; **Monika PRIEB**, *Der Begriff des Sachmangels im deutschen und im englischen Kaufrecht*, Frankfurt a.M., 2001, s. 127’den aktaran **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 199.

⁶⁸ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 200.

⁶⁹ **Kristian MALEY**, “*The Limits to the Conformity of Goods in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*”, *International Trade&Business Law Review*, S: 82-126, 2009, Erişim Adresi: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/maley.html#4>, Erişim Tarihi: 18.12.2010, s.83; **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 30-31. Aynı yöndeki görüş için bkz. **FLECHTNER**, *a.g.e.*, s. 168.

⁷⁰ **ACAR**, *a.g.e.*, s. 31; **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 201.

⁷¹ **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 32.

için normal bir dayanıklılık ve kullanım süresinin bulunması gerektiği kabul edilmektedir.⁷² Malın dayanıklılığının ve makul kullanım süresinin belirlenmesinde, malın niteliğine ve kullanım amacına bakılması gerekir. Şayet malın, daha uzun bir süre kullanılması bekleniyorsa, bu hususun sözleşmede yer alması gerekmektedir.⁷³ Her hâlükârda, malın kalitesi, aşağı yukarı tolere edilebilir derecede iyi olmalı, en azından malın fiyatına ve diğer koşullara göre beklenebilen vasıfların aşıkâr derecede altında olmamalıdır.⁷⁴

Belirttiğimiz bu özellikleri taşımayan malların lüzumlu vasıfları taşımadığı kabul edilecek ve bu nedenle sözleşmeye göre ayıplı mal olarak nitelendirilecektir.

Türk hukukunda ayıba karşı tekeffül hükümleri BK m. 194 vd.'da düzenlenmiştir. BK m. 194'e göre;

“Bayi müşteriye karşı mebiin zikir ve vaat ettiği vasıfları mütefekkil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mükelleftir.

Bayi, bu ayıpları bilmese bile onlardan mesuldür.”

Buna göre satılan malın, satıcının zikir ve vaad ettiği veya diğer lüzumlu vasıfları taşınamaması hâlinde satıcı, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olacaktır.⁷⁵ Aynı şekilde alıcının dürüstlük kuralı gereğince malda bulunmasını beklediği vasıfların olmaması da ayıbı oluşturacaktır.⁷⁶ Madde de geçen vasıf, bir şeyi diğer şeylerden ayırt etmeye yarayan doğal özellikler yanında, yaygın biçimde o şeyle ilgili olduğu ve onun değerini etkilediği kabul edilen her türlü mali ve hukuki ilişkiler olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷ Yani satıcının zikir ve vaad ettiği vasıflar ile diğer lüzumlu vasıflara ilişkin ayıp maddi, hukuki veya ekonomik olabilir.⁷⁸ Türk hukukundan farklı olarak söz-

⁷² ACAR, a.g.e., s. 32; BIANCA, (Art. 35), s.289.

⁷³ ACAR, a.g.e., s. 32.

⁷⁴ BIANCA, (Art. 35), s. 281.

⁷⁵ KAYAR, a.g.e., s. 209; TANDOĞAN, a.g.e., s. 112 vd.; YAVUZ, (Borçlar), s. 101; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, a.g.e., s. 54; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 109.

⁷⁶ ŞAHİNİZ, a.g.e., s. 44.

⁷⁷ TANDOĞAN, a.g.e., s. 113; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, a.g.e., s. 54.

⁷⁸ KAYAR, a.g.e., s. 209; TANDOĞAN, a.g.e., s. 113, 117; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, a.g.e., s. 54; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 109.

leşmede ‘vasıf’ kavramı yerine ‘kalite’ kavramı kullanılmış,⁷⁹ böylece ‘mala ilişkin vasıflar (lüzumlu vasıflar)’ ile ‘vaad edilmiş sayılabilecek özellikler’ birlikte değerlendirilmiştir.⁸⁰

6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu’nda (YBK’da) ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümler m. 218 vd.’da ele alınmıştır. YBK m. 218, BK m. 194’ün Türkçeleştirilmesinden ibaret olup, yeni bir düzenleme getirmediği belirtmemiz gerekir.

3. ZİKİR VE VAAD EDİLEN NİTELİKLERE UYGUN OLMAMASI (ÖZEL KULLANIM AMACINA UYGUN OLMAMASI)

Sözleşme konusu malın yalnızca mutad kullanım amacına uygun olması yeterli değildir. Mal ayrıca özel kullanım amacına da uygun olmalıdır. Sözleşmenin 35/2. maddesinin (b) bendine göre;

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler, mallar sözleşmeye uygun sayılırlar, meğer ki, koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılsın.”

Buna göre, sözleşmenin yapıldığı sırada bildirilen malın özel kullanım amacına uygun olmaması hâlinde malın ayıplı olduğu kabul edilecektir. Ancak tarafların bunun aksini kararlaştırmaları, yani malın özel kullanım amacına uygun olmaması hâlinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcu gereğince sorumlu olmayacağını kararlaştırmaları mümkündür.

Sözleşmenin hazırlanması aşamasında, maldan özel olarak beklenen özelliklerin sözleşme kapsamına alınması teklif edilmiş, ancak kabul görmemiştir.⁸¹

Satıcının malın özel kullanım amacına aykırılık sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için, satıcı bu özel amaçtan haberdar olmalı veya özen göstermiş olsaydı haberdar olabilecek durumda olmalıdır.⁸² Malın özel kullanım amacına ilişkin açıklama açıkça yapılabileceği gibi, zımnen de yapılabilir. Doktrinde,

⁷⁹ Türk hukukunda ‘vasıf’ kavramının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu çerçevesinde ifade ettiği anlam hakkında bilgi için bkz. YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 61-62.

⁸⁰ ATAMER, *a.g.e.*, s. 190.

⁸¹ KRUISINGA, *a.g.e.*, s. 32; SCHLECHTRIEM / BUTLER, *a.g.e.*, s. 116.

⁸² ATAMER, *a.g.e.*, s. 208.

satıcının içinde bulunduğu koşullarda, özel amacın varlığının gerektiğini bilmesi hakkaniyet gereği ise satıcıya özel amacın bildirildiğinin varsayılacağı savunulmakta, böylelikle alıcının ispat külfeti azaltılmak istenmektedir.⁸³

Malın özel kullanım amacına uygun olmaması sebebiyle satıcının sorumlu tutulabilmesi için alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmiş olması ve güveninin haklı olması gerekmektedir.⁸⁴ Dürüstlük kuralına dayanan⁸⁵ bu hükmün son cümlesindeki düzenlemeye göre, alıcı, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmiyorsa veya satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmesi makul değilse, özel kullanım amacının açık veya zımni olarak belirtilmesi yeterli olmayacaktır.⁸⁶ Burada önemli husus, satıcının gerçek bilgi düzeyinin dikkate alınmayıp, alıcının, satıcının malın özel kullanım amacını bildiğine veya bilebileceğine olan inancının, objektif olarak haklı olmasının dikkate alınmasıdır.⁸⁷ Şayet satıcı, alıcının kendi bilgi ve değerlendirmesine güvenmediğini iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.⁸⁸ Zira aksini işaret eden bir sebep olmadıkça, normal şartlar altında satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenilmesi esastır.⁸⁹

Türk hukukunda; alıcının satıcıyı uyarması ve satıcının da açık veya örtülü onay vermesi gerekir.⁹⁰ VSS'de yer alan bu düzenlemenin Türk hukukundan farklı olmadığını söylemek gerekir. Zira, BK'da geçen lüzumlu vasıflar ile vaad edilen vasıflar VSS'de birlikte ele alınmasına rağmen,⁹¹ bu hususlar üzerinde tarafların açıkça anlaşmasına gerek olmayıp, malın belirli bir amaca tahsis edileceği konusunda açıkça veya zımnem uyuşmuş olmaları yeterlidir.⁹² Malın özel bir amaca özgüleneceği konusunda uyuşmalarına rağmen, maldaki eksiklik nedeniyle özel amaca özgülmesi bakımından elverişliliğini veya

⁸³ ACAR, *a.g.e.*, s. 32.

⁸⁴ ATAMER, *a.g.e.*, s. 209; BIANCA, (*Art. 35*), s. 275; NEUMANN, *a.g.e.*, para. 9.

⁸⁵ NEUMANN, *a.g.e.*, para. 9.

⁸⁶ ACAR, *a.g.e.*, s. 32; ATAMER, *a.g.e.*, s. 208.

⁸⁷ ATAMER, *a.g.e.*, s. 209.

⁸⁸ NEUMANN, *a.g.e.*, para. 47.

⁸⁹ NEUMANN, *a.g.e.*, para. 46. Benzer yöndeki görüş için bkz. KRUISINGA, *a.g.e.*, s. 32-33.

⁹⁰ ATAMER, *a.g.e.*, s. 206; ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 44-45; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 115; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 61.

⁹¹ Bkz. ATAMER, *a.g.e.*, s. 190.

⁹² TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 116.

değerini⁹³ azaltan bir durum varsa ayıp söz konusu olacaktır.⁹⁴

6098 sayılı YBK’da da yürürlükteki BK’dan farklı olarak özel kullanım amacına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yürürlükteki kanun açısından yapılan açıklama, 6098 sayılı YBK açısından da geçerlidir.

4. NUMUNE VE MODELE UYGUN OLMAMASI

Ayıplı ifanın ortaya çıkabileceği bir diğer durum ise sözleşme konusu malların numune ve modele uygun olmamasıdır. Sözleşmenin 35/2. maddesinin (c) bendine göre;

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, satıcının alıcıya örnek veya model sunduğu malların kalitesine sahip iseler, mallar sözleşmeye uygun sayılırlar.”

Buna göre, sözleşme malların standardı olarak kabul edilecek⁹⁵ ve satıcının malın tesliminden önce alıcıya sunduğu model, örnek veya numuneden farklı bir malın teslim edilmesi hâlinde mal ayıplı mal olarak nitelendirilecektir. Ancak taraflar, satıcı tarafından gönderilen malların, daha önce sunulan numune veya modele uygun olmaması hâlinde satıcının sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler.

Numune veya modelin varlığı hâlinde, tarafların bu numunede bulunan özelliklerin, sözleşme konusu olan malda bulunacağı hususunda anlaştıkları varsayılacaktır.⁹⁶ VSS’de açıkça belirtilmese de, elbette taraflar, sunulan numune veya satım konusu mal açısından bağlayıcı olmayacağını kararlaştırabilirler.⁹⁷ Burada numune ve model arasındaki farkın belirtilmesi gerekir. Alıcıya numune sunulması hâlinde sözleşme konusu malın numune ile örtüşmesi beklenebilecekken, model sunulması hâlinde somut olaya bakılır, çünkü model, sözleşme konusu malın tüm özelliklerini temsil edebileceği

⁹³ Burada ki ‘değer’, satılan şeye kişi tarafından verilen özel değeri ifade etmemektedir. ‘Değer’ ifadesinden, malın objektif piyasa değerinin veya mübadele değerinin, ‘elverişlilik’ ifadesinden ise satılanın varsayılan kullanım amacına göre beklenen faydanın anlaşılması gerekmektedir. Bkz. **ŞAHİNİZ**, *a.g.e.*, s. 46-47.

⁹⁴ **ŞAHİNİZ**, *a.g.e.*, s. 47; **TANDOĞAN**, *a.g.e.*, s. 117.

⁹⁵ **ACAR**, *a.g.e.*, s. 33; **BIANCA**, (Art. 35), s. 276; **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 33; **SCHLECHTRIEM / BUTLER**, *a.g.e.*, s. 120.

⁹⁶ **ACAR**, *a.g.e.*, s. 33; **BIANCA**, (Art. 35), s. 276; **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 33; **SCHLECHTRIEM / BUTLER**, *a.g.e.*, s. 120.

⁹⁷ **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 33; **SCHLECHTRIEM / BUTLER**, *a.g.e.*, s. 120.

gibi, yalnızca bir kısmını da temsil edebilir.⁹⁸ Satıcı tarafından sunulan numunelerin veya örneklerin alıcı tarafından dikkatli biçimde incelenmesi gerekmektedir. Çünkü taraflar numune veya örnek olarak sunulan malın ifasını kararlaştırmış sayılacaklarından, numune veya örnekte malın normal kullanımını engelleyen eksikliklerin bulunması gibi durumlarda, satıcı buna dayanarak aynı eksikliklerin bulunduğu malları gönderebilir.⁹⁹

Viyana Satım Sözleşmesi'nde, satıcının teslim ettiği malın numune veya modele uygun olmaması hâlinde ayıba karşı tekeffül gereğince sorumlu tutulamayacağı iki hal bulunmaktadır;¹⁰⁰

- Satıcı, alıcıya sunduğu numune veya örneğin, sözleşme konusu malların yalnızca bazı niteliklerini temsil ettiğini tasarlayarak numune veya modeli sunmuşsa,

- Satıcı, alıcıya sunduğu malı yaklaşık olarak alıcıya tanıtmak amacıyla numune veya model sunmuşsa,

satıcının sunduğu numune veya modele uygun olmayan mal teslim etmesi sebebiyle bu hüküm bağlamında sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Ancak ilk istisnanın uygulanabilmesi için satıcının niyetinin açıkça anlaşılabilmesi gerekmektedir.¹⁰¹

Türk hukukunda taraflar, sözleşme konusu olan malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan örneğe veya tespit ettikleri bir mala uygun olması konusunda anlaşmışlarsa, yapılan satım sözleşmesi numune üzerine satış olarak kabul edilir.¹⁰² Ancak taraflar, numune ile aynı özelliklere sahip bir malın teslimi açıkça kararlaştırmamışlarsa numune üzerinden satış olarak kabul edilmeyecektir.¹⁰³ Satımın numune üzerine satım olması ve satıcının teslim ettiği malın numuneye uygun olmaması halinde alıcı, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilecektir.¹⁰⁴

⁹⁸ ATAMER, *a.g.e.*, s. 212.

⁹⁹ ACAR, *a.g.e.*, s. 33.

¹⁰⁰ BIANCA, (Art. 35), s. 276.

¹⁰¹ BIANCA, (Art. 35), s. 276.

¹⁰² ACAR, *a.g.e.*, s. 34; YAVUZ, (Borçlar), s. 195-196; YAVUZ, (Sorumluluk), s. 65.

¹⁰³ ACAR, *a.g.e.*, s. 34.

¹⁰⁴ YAVUZ, (Borçlar), s. 195.

Bu noktada sözleşmede yer alan düzenleme Türk hukukundan ayrılmaktadır. Zira numunenin verilmesi hâlinde, Türk hukukunda tarafların satışı, numune üzerinden satış olduğunu açıkça kararlaştırmaları gerekirken,¹⁰⁵ VSS’de numune sunulması ile tarafların açıkça numune üzerinden satış olacağını kararlaştırmaları gerekmeyip, sözleşme gereği numune üzerinden satışı yapılacağı varsayılacaktır.¹⁰⁶

5. YÜKLEME VE PAKETLEMENİN UYGUN BİÇİMDE YAPILMAMASI

Malların taşınmasını da içeren satım sözleşmelerinde, malların uygun biçimde paketlenmesinin sağlanması da satıcının yükümlülükleri arasında kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Taraflar sözleşme konusu malın paketlenmesi ve muhafazasını özel olarak düzenleyerek subjektif hale getirebilecekleri gibi, bu hususları kararlaştırmamış olmaları da mümkündür. Bu durumda VSS’nin 35. maddesine bakmak gerekecektir. Sözleşmenin 35/2. maddesinin (d) bendine göre;

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, ilgili türden mallar için mutad sayılan şekilde veya böyle mutad bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler, mallar sözleşmeye uygun sayılırlar.”

Buna göre, satım sözleşmesinin konusu olan mallar için mutad olan biçimde malların paketlenmemesi veya yüklemenin o mallar için uygun olan biçimde yapılmaması hâlinde ayıplı mal söz konusu olacaktır. Bu hükümle, malların yüklenmesi ve paketlenmesi VSS bağlamında malların sözleşmeye uygun sayılabilemesinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmüştür.¹⁰⁸

Malın yüklenmesi ve muhafazası için VSS m. 9 uyarınca, malın paketlenmesi ve muhafazasında mutad bir usulün bulunup bulunmadığı belirlenmeli, şayet tarafların aralarında oluşan alışkanlıklarda veya milletlerarası tica-

¹⁰⁵ YAVUZ, (Sorumluluk), s. 65.

¹⁰⁶ ACAR, a.g.e., s. 34. Bu konuda farklı görüşlerde bulunmaktadır. VSS kapsamında yapılan satımlarda malın numune veya modele göre belirlenebilmesi için bu durumun sözleşmenin içeriği hâlinde getirilmesi gerektiği ve bu durumda satıcının bağlanma niyeti olmaksızın sunduğu numune ve modele alıcının dayanmasının mümkün olmadığı belirtilmekte, ancak bu halde dahi, alıcının sunulan numune veya modele güvenmekte haklı olmadığını ispat yükünün satıcıda olduğu savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, a.g.e., s. 112-113.

¹⁰⁷ BIANCA, (Art. 35), s. 277; KRUISINGA, a.g.e., s. 34.

¹⁰⁸ HENSCHL, (Art. 35), s. 6.

rette yer alan teamüllerde bir uygulama bulunuyorsa, malların paketlenmesi bu alışkanlık veya teamüllere uygun biçimde yapılmalıdır.¹⁰⁹ İkinci olarak, satıcının işyerinin bulunduğu yerde mutad bir usul mevcutsa, bu usule göre de yapılabilir.¹¹⁰ Sözleşmenin konusu olan mallar için yükleme ve paketlemeye ilişkin mutad bir uygulama mevcut değilse, o malların muhafazası ve korunmasına uygun biçimde paketlenmesi ve yüklenmesi gerekmektedir. Aksi halde yine ayıplı mal söz konusu olacaktır.

Malların paketlenmesi ve yüklenmesindeki 'uygunluk' kriterinin belirlenmesinde malların ve nakliyenin türü, nakliyenin süresi, iklim koşulları, hesaba katılabilecek riskler gibi hususlar dikkate alınmalıdır.¹¹¹ Özellikle milletlerarası ticarete malların uygun biçimde paketlenmesi ve yüklenmesi malların telef olmaması açısından çok önemlidir. Zira bir çok durumda mallar, deniz, kara veya hava araçları ile uzun süren ve uzun mesafeli taşımaya konu olmaktadır. Bu nedenle özellikle malların paketlenme biçimi taşıma esnasında malı dışarıdan gelebilecek zararlardan koruyacak nitelikte olmalıdır.¹¹²

Buna ek olarak, satım konusu malların alıcı tarafından başka bir yere gönderileceği ve satıcının bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, satıcının bu durumu da dikkate alarak paketlemeyi buna uygun yapması gerekmektedir.¹¹³

Sözleşmeden farklı olarak Türk hukukunda malların paketlenmesi ve muhafazası ayrıca düzenlenmemiştir. Türk hukukunda ayıba karşı tekeffül kuralı olarak yalnızca satılan şeyi kapsadığından, malın ambalajı bunun dışındadır. Ancak malın ambalajının satılanın korunması veya başkasına satılması gibi farklı amaçlara hizmet etmesi hâlinde bu husus, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu kapsamına girmektedir.¹¹⁴

6098 sayılı YBK'da da ayıba karşı tekeffül hükümleri içerisinde malın paketlenmesi ve muhafazasına ilişkin özel bir hüküm yer almamaktadır.

¹⁰⁹ ATAMER, *a.g.e.*, s. 213-214; BIANCA, (Art. 35), s. 277.

¹¹⁰ BIANCA, (Art. 35), s. 277.

¹¹¹ ATAMER, *a.g.e.*, s. 214.

¹¹² BIANCA, (Art. 35), s. 277.

¹¹³ ACAR, *a.g.e.*, s. 34; BIANCA, (Art. 35), s. 278.

¹¹⁴ ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 47.

D. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

1. AYIBIN, YARAR VE HASARIN GEÇİŞİ ANINDA VAR OLMASI

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkabilmesi için kural olarak ayıbın yarar ve hasarın geçişi anında bulunması gerekmektedir. Sözleşmenin 36/1. maddesine göre;

“(1) Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu anlaşma uyarınca sorumludur.”

Maddenin ilk fıkrasına göre, satıcının ayıplı maldan sorumlu olabilmesi için ayıbın, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olması gerekli ve yeterlidir. Satıcı bu andan itibaren yalnızca açık ayıplardan değil, gizli ayıplardan da sorumludur.¹¹⁵ Başka bir deyişle, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumlu olması için ayıbın bu andan önce var olması yeterlidir. Ayrıca hasarın geçişinden önce ortaya çıkması gerekli değildir.¹¹⁶ Hatta bir çok halde ayıp, hasarın intikalinden sonra ortaya çıkmaktadır. Hasarın, alıcıya intikal ettiği zamanda malların sözleşmeye uygun olup olmadığı konusunda alıcının mı satıcının mı ispatla yükümlü olduğu tartışmalıdır.¹¹⁷ VSS'nin uygulanmasında, ayıbın, hasarın intikalinden önce veya sonra ortaya çıktığına ilişkin uyumsuzluklarda ispat yükünün kimde olduğu konusunda ulusal mahkemelerin farklı uygulamaları bulunmaktadır.¹¹⁸

Burada öncelikle hasarın ne zaman alıcıya geçeceğini tespit edilmesi gerekmektedir. Hasarın alıcıya intikal ettiği anın saptanmasında öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye ve VSS m. 8 ve 9 uyarınca tarafların sözleşme içeriğine aktardıkları milletlerarası ticari teamüller veya kendi aralarında oluşturdukları alışkanlıklara başvurulacaktır.¹¹⁹ Şayet bunlarda hasarın intikaline ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa, VSS'nin 'Hasarın İntikali' başlığı altında

¹¹⁵ **Ercüment ERDEM**, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Vienna Satım Sözleşmesi)”, BATİDER, S: 35-105, C. XVI, Sayı: 3, s. 73.

¹¹⁶ **Cesare Massimo BIANCA**, “Article 36”, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, S: 284-289, Milan, 1987, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb36.html>, Erişim Tarihi: 16.12.2010, s. 285; **UNCITRAL**, a.g.e., s. 110.

¹¹⁷ **BIANCA**, (Art. 36), s. 287.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **UNCITRAL**, a.g.e., s. 111.

¹¹⁹ **ATAMER**, a.g.e., s. 219.

dördüncü bölümde yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.¹²⁰ Kural olarak hasar, malın teslimi ile alıcıya geçecektir. Dolayısıyla kural olarak ayıbın, satım konusu malın teslimi anında var olması gerekmektedir.

Ancak VSS aynı maddenin ikinci fıkrasında bu kurala bir istisna getirmiştir. VSS m. 36/2'ye göre;

(2) Satıcı, birinci fıkrada belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlâli de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğün ihlâline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.”

Maddenin ikinci fıkrasında, hasarın alıcıya geçtiği teslim anından sonra ortaya çıkan ayıplardan da satıcı sorumlu tutulabilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hal, satıcının sözleşme ile bir garanti üstlendiği durumları belirtmektedir.¹²¹ Buna göre, hasarın alıcıya intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplardan satıcının sorumlu tutulabilmesi için, malın belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceğinin satıcı tarafından taahhüt edilmiş olması gerekmektedir. Malın, satıcı tarafından vaat edilen özellikleri taşımaması sebebiyle satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu m. 35/1'de düzenlenmiş olmasına rağmen, ikinci fıkrada tekrar 'mala ilişkin garantilere aykırılıktan' bahsedilmesi tereddüt yaratmakta, ancak alıcının ispat yükünü hafifletmek için bu hükmün konulduğu

¹²⁰Hasarın intikali, VSS'nin 66-70 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Madde 69'a göre kural olarak hasar, alıcının malları teslim aldığı anda, malları teslim almakta gecikmesi hâlinde malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu anda alıcıya geçmektedir. Ancak malların, satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim edilmesi kararlaştırılmışsa hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haber olduğu anda alıcıya geçer. Fakat taraflar arasındaki sözleşmenin henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması hâlinde, bunların açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilecektir. Madde 67'ye göre, taraflar arasındaki sözleşme malların taşınmasını gerektiriyorsa, başka bir ifadeyle mesafeli satış söz konusu ise ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse, malların alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile hasar alıcıya geçecektir. Ancak satıcının malları belirli bir yerde alıcıya vermesi gerekiyorsa, malların belirlenen bu yerde alıcıya teslim edilmesi ile, (satıcının malı temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı bulunsa dahi) hasar alıcıya intikal edecektir. Buna karşılık m. 68 taşınmakta olan mallarda hasarın intikaline ilişkin bir farklılık yaratmış ve taşınmakta olan mallarda hasarın kural olarak sözleşmenin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceğini belirtmiştir. İstisnai olarak ise durumun haklı kıldığı hallerde taşıma sözleşmesine ilişkin belgelerin verilmesiyle hasar alıcıya geçebilir. Ayrıca taşınmakta olan mallar, taraflar arasındaki satım sözleşmenin kuruluşu anında zayı olmuş veya zarar görmüşse ve satıcı bu durumu biliyor veya bilebilecek durumda olup, alıcıya bu bilgiyi açıklamamışsa hasar satıcıda kalır.

¹²¹ATAMER, *a.g.e.*, s. 220; UNCITRAL, *a.g.e.*, s. 110.

belirtilmektedir.¹²²

Türk hukukunda satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun günde-
me gelebilmesi için, ayıbın yarar ve hasarın alıcıya intikal etmesinden önce
mevcut bulunması gerekmektedir.¹²³Kural bu olmakla birlikte, ayıbın sözleş-
menin kurulmasından önceki bir nedene dayanması hâlinde, satıcı sorumlu
olmaya devam edecektir.¹²⁴ Hukukumuzdaki bu düzenleme, VSS'deki kurala
uygundur.¹²⁵ Buna karşılıklı yarar ve hasarın intikaline ilişkin halihazırdaki yü-
rürlükte olan kanunda yer alan düzenlemeye, 6098 sayılı TBK ile bir kısım
değişiklikler getirilmiştir. 818 sayılı BK'ya göre satım sözleşmesinde, parça
borcu söz konusu olduğunda yarar ve hasar sözleşmenin kurulmasıyla birlik-
te alıcıya geçmektedir. Buna karşılık 6098 sayılı YBK'da kural bu olmayıp,
parça ve cins borçlarında zilyetliğin devredilmesiyle yarar ve hasar alıcıya
gececektir.¹²⁶ Yapılan bu değişikliklerle, modern gelişmelerin gerisinde kalmış
olan bu hüküm, uluslararası düzenlemelere de uygun hale getirilmiştir.

2. AYIBIN ÖNEMLİ OLMASI

Sözleşmede, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumlu tu-
tulabilmesi için ayıbın önemli olmasına açıkça yer verilmemesine rağmen,
doktrin ve yargı kararlarında 'ayıbın önemli olması' satıcının ayıba karşı te-
keffül sorumluluğu için gereken şartlardan birisi olarak kabul edilmektedir.¹²⁷

¹²² ACAR, *a.g.e.*, s. 35. Benzer yöndeki görüş için bkz. ERDEM, (*VSS*), s. 73. Bununla birlikte bu hükümde, satıcının 35/1'de belirtilenin ötesinde bazı vasıflar açısından taahhütte bulun-
masının kastedildiği savunulmaktadır. Bkz. ATAMER, *a.g.e.*, s. 220. Ancak kanaatimizce, m. 35/1 ile 36/2'de mala ilişkin taahhütte bulunulması her hâlükârda vaad edilen vasıfları işaret edecek biçimde kullanılmıştır. En azından VSS'nin lafzından çıkan sonuç budur. Buna rağmen birbirinin tekrarı niteliğinde olan iki hükme yer verilmesinin, satıcının ispat yükünü hafifletmek amacı taşıdığını belirten görüş daha makul görünmektedir.

¹²³ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 90; YAVUZ, (*Borçlar*), s. 93; YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 86 vd.; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 53; ZEVKLİLER, *a.g.e.*, s. 111.

¹²⁴ YAVUZ, (*Borçlar*), s. 95; YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 91 vd.; ZEVKLİLER, *a.g.e.*, s. 111.

¹²⁵ YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 92.

¹²⁶ 6098 sayılı YBK m. 208'in gerekçesinde değişikliğin sebebi şu şekilde belirtilmiştir; "Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği halde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretilere haklı olarak eleştirilmektedir. Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır."

¹²⁷ ACAR, *a.g.e.*, s. 36.

Ayıbın önemsiz olduğu hallerde VSS'ye göre, satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan sorumlu olmasını engelleyecek bir düzenleme bulunmamasına rağmen, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan bazı haklarını kullanabilmesi ayıbın esaslı olmasına bağlanmıştır.¹²⁸ VSS'de ayıbın 'esaslı' olmasının şart koşulduğu hakların kullanılması dışında, diğer haklarını kullanılabilmesi için ayıbın önemsiz olup olmamasının dikkate alınmayacağını belirten görüşler olduğu gibi,¹²⁹ esaslı olma derecesine varmayan önemli kusurların ayıp olarak kabul edilebileceğini belirten görüşler¹³⁰ mevcuttur.

Bu noktada ayıbın önemli olduğunun ne şekilde tespit edileceği belirlenmelidir. Buradaki kriter, malın değerinde herhangi bir azalma olması şeklinde ifade edilmekte ve malın değerinde azalmaya yol açan kusurların varlığı hâlinde maldaki ayıp 'önemli ayıp' olarak nitelendirilmektedir.¹³¹

Türk hukukunda da, VSS'ye ilişkin olarak belirttiğimiz bu şart kabul edilmektedir. Hukukumuzda satıcının ayıplı maldan sorumlu tutulabilmesi için ayıbın önemli olması aranmakta, ayıbın, satılanın değerini önemli ölçüde azaltacak nitelikte olması gerekmektedir.¹³² Buna karşılık, satıcı ayrıca garanti etmiş olmadıkça veya satıcının hilesi söz konusu olmadıkça, önemsiz ayıplardan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir.¹³³

6098 sayılı YBK'da da satıcının ayıba karşı tekeffül gereğince sorumlu tutulabilmesi için, ayıbın, malın değerini önemli ölçüde azaltacak nitelikte olması aranmaktadır.

3. ALICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMİŞ OLMASI

Alıcının ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için, sözleşmenin 38 ve 39. maddelerinde yer alan muayene ve ihbar külfetleri-

¹²⁸ ATAMER, *a.g.e.*, s. 215. Alıcının seçimlik haklarından 'malın değiştirilmesi' ve 'sözleşmeden dönme' haklarını kullanabilmesi için, sözleşmeye aykırılık sebebiyle ortaya çıkan aykırılık esaslı nitelikte bir aykırılık olmalıdır. Ancak alıcının diğer seçimlik haklarını kullanmasında sözleşmede, aykırılığın önemli olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹²⁹Bkz. ATAMER, *a.g.e.*, s. 215 vd.

¹³⁰Bkz. ACAR, *a.g.e.*, s. 36.

¹³¹ ACAR, *a.g.e.*, s. 36.

¹³² HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 91; KAYAR, *a.g.e.*, s. 209; ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 51; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 121; YAVUZ, (*Borçlar*), s. 96; YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 76; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 56.

¹³³ TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 121; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 57.

ni yerine getirmiş olması gerekmektedir. Alıcı bunları yerine getirmemezse ayıptan doğan haklarını kaybedebilecektir. Yani VSS’de alıcının malı muayene etmesi ve sözleşmeye aykırılığı ihbar etmesi bir külfet olarak öngörülmüştür.¹³⁴ Muayene ve ihbar külfeti esas olarak satıcı tarafın teslim edilen mala ilişkin olmakla birlikte, kıyasen m. 34 çerçevesinde¹³⁵ alıcıya teslim edilmesi gereken belgeleri de kapsadığı belirtilmektedir.¹³⁶

Satıcının, ancak alıcının bu yükümlülüklerini yerine getirmiş olması hâlinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gündeme gelecektir. Fakat aşağıdaki haller bu durumdan istisna edilmiştir;¹³⁷

- VSS m. 40’a göre satıcının ayıbı bilmesi veya bilmesinin gerekmesi,
- Satıcının VSS m. 40’da öngörülen def’iden feragat etmesi.
- VSS m. 44’e göre alıcının ihbarı yapmama konusunda makul özrünün bulunması,

hallerinde, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini uygun biçimde yerine getirmemesi, ayıptan doğan hakları kullanmasına engel olmayacaktır.

Sözleşmenin 40. maddesine göre;

“Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz.”

Buna göre satıcı maldaki ayıpları biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa ve bu durumu alıcıya bildirmemişse, alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediğini öne sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

¹³⁴ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 222. Türk hukukunda da ayıba karşı tekeffülde muayene ve ihbar bir yükümlülük değil, külfet olarak öngörülmüştür. Bkz. **TANDOĞAN**, *a.g.e.*, s. 123.

¹³⁵ VSS m. 34’e göre, satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgelerin bulunması hâlinde, bunları taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi durumunda ise, – alıcı için makul olmayan zahmet ve masrafa yol açmadıkça – belgelerin teslimi için kararlaştırdıkları zamana kadar belgelerdeki sözleşmeye aykırılıkları giderme hakkına sahiptir.

¹³⁶ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 223. Burada ortaya çıkan bir başka sorun, ‘belgelerin teslimi’ ile yalnızca malları temsil eden belgelerin mi kastedildiği, yoksa teknik belgeler, idari ve gümrük hizmetleri için gerekli belgeler gibi diğer yan belgelerinde bu kapsamda olup olmadığı sorunudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERDEM**, (*Teslim*), s. 153-156.

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 237-241.

Satıcının ayıbı bilmesi veya bilmesinin gerekmesi kast veya ağır ihmal sonucu ortaya çıkmalı ve bizzat ayıba ilişkin olmalıdır.¹³⁸ Ayrıca ayıptan haberdar olması hâlinde satıcı, iki yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği itirazında da bulunamayacaktır.¹³⁹

Tartışmalı olmakla birlikte, satıcının m. 40 ile kendisine tanınan def'i hakkından açık veya zımni olarak feragat etmesi hâlinde de sorumlu olmaya devam edeceği belirtilmektedir.¹⁴⁰

Sözleşmenin 44. maddesine göre ise;

“Alıcının gerekli bildirimini yapmama konusunda makul bir özrü varsa, 39. maddenin 1. fıkrası ile 43. maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın 50. madde uyarınca semenden indirim yapması veya yoksun kalınan kar dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür.”

Buna göre, alıcının hiç ihbarda bulunmaması veya ihbarı uygun biçimde yapmaması makul bir özre dayanıyorsa, bazı haklardan yararlanabilecektir.¹⁴¹ Özrün makul olup olmadığı somut olaydaki koşullar, özellikle alıcıyı uygun ihbarı yapmaktan alıkoyan objektif ve subjektif engeller dikkate alınarak belirlenecektir.¹⁴² Hükmün uygulanabilmesi için alıcı, objektif koşullara uygun hareket etmiş, subjektif olarak özen göstermiş ancak buna rağmen ihbarın uygun şekilde yapılmasını engelleyen bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.¹⁴³

Türk hukukunda da VSS'deki kadar ayrıntılı olmamakla birlikte, benzer bir hüküm mevcuttur. BK m. 96'ya göre;

“Bayi, mebiin ayıplarını müşteriden hile ile gizlemiş ise bey'ide tekeffül hükmünü iskat veya tahdit eden her şart batıldır.”

Buna göre, satıcının ayıpları hile ile gizlemiş olması hâlinde, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumluluğunu sınırlayan her türlü şart geçersiz sayılacaktır. Aynı şekilde, ayıbın hile ile gizlenmesi hâlinde satıcı, alıcının muayene ve ihbar külfetini gereği gibi yerine getirmediğini ileri

¹³⁸ ACAR, *a.g.e.*, s. 37; HENSCHL, (*Art. 35*), s. 14; KRUISINGA, *a.g.e.*, s. 111; SCHLECHTRIEM / BUTLER, *a.g.e.*, s. 128-129.

¹³⁹ ACAR, *a.g.e.*, s. 37.

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, *a.g.e.*, s. 239; HENSCHL, (*Art. 35*), s. 14 vd.

¹⁴¹ SCHLECHTRIEM / BUTLER, *a.g.e.*, s. 129.

¹⁴² SCHLECHTRIEM / BUTLER, *a.g.e.*, s. 130.

¹⁴³ ATAMER, *a.g.e.*, s. 241.

süremeyecektir.¹⁴⁴ Esasen hukukumuzda satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ortaya çıkması için satıcının ayıbın varlığını bilip bilmemesi veya kusurlu olup olmaması önem taşımaz.¹⁴⁵ Ancak satıcının ayıbı bilmesi hâlinde sorumluluğu ağırlaştırılmıştır.

6098 sayılı YBK m. 220'ye göre satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca m. 224'te, "ağır kusurlu olan satıcı, satıldaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Hukukumuzdaki düzenlemede de VSS'ye uygun olarak muayene ve ihbar, bir borç (yükümlülük) değil, külfet olarak öngörülmüştür, yani bunların yerine getirilmemesi tazminat borcu doğurmayacak, ancak ayıptan kaynaklanan haklar ileri sürülemeyecektir.¹⁴⁶ Bunun dışında, BK'da yer alan hükme göre satıcının ayıpları hile ile gizlemesi hâlinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlayan her türlü anlaşma geçersiz kabul edilirken; VSS'de yer alan hükme göre alıcının bu mükellefiyetlerini yerine getirmemesi yalnızca satıcının bu iddiada bulunmasını engelleyecek, ayıba karşı tekeffül sebebiyle satıcının sorumluluğunu azaltan anlaşmaları etkilemeyecektir.¹⁴⁷ Ayrıca BK m. 200, yalnızca satıcının hile ile ayıplı hususları gizlemesini yani kasti davranışı kapsamaktayken,¹⁴⁸ VSS'de ihmali davranışı da içine alacak şekilde düzenlenmiştir.¹⁴⁹ YBK'da yer alan düzenlemede ise, 'ağır kusur' ifadesine yer verilmiş ve maddenin gerekçesinde ağır kusurun, kast ve ağır ihmali kapsadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda YBK'nın, hâlihazırda yürürlükte olan kanuna nazaran VSS ile daha uyumlu bir düzenleme içerdiği söylenebilir.

a. Muayene Külfeti

VSS'nin 38. maddesine göre;

"(1) Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır.

¹⁴⁴ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 104; KAYAR, *a.g.e.*, s. 210; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 122.

¹⁴⁵ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 86; ZEVLİLİLER, *a.g.e.*, s. 111.

¹⁴⁶ ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 69.

¹⁴⁷ ACAR, *a.g.e.*, s. 37.

¹⁴⁸ TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 122.

¹⁴⁹ ATAMER, *a.g.e.*, s. 237.

(2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasında ertelenebilir.

(3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkana sahip olmaksızın, taşıma hâlindeyken başka bir yere yönlendirilirse veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiye, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasında ertelenebilir.”

Maddenin birinci fıkrasına göre, alıcı, malları makul sürede muayene etmek veya ettirmekle yükümlüdür. Bu sürenin belirlenmesinde alıcı ve satıcının menfaatleri dengelenecek biçimde somut olaydaki koşullar dikkate alınacaktır.¹⁵⁰ Burada somut olaya göre malların miktarı, niteliği, kolay bozulabilir veya sezonluk olup olmadığı, malın teknik veya karmaşık bir yapıda olup olmadığı, muayene masrafları göz önünde bulundurularak makul bir süre tespit edilmelidir.¹⁵¹ Ayrıca malların paketlenmesi, taşınma biçimi ve benzeri hususlar da dikkate alınmalıdır. Bu süre genellikle, alıcının sözleşmeye aykırılığı tespit etmiş olması gereken süredir.¹⁵²

Alıcının yapacağı bu muayenenin amacı, malların taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığını, yani malların ayıplı olup olmadığını tespit ettirmektir.¹⁵³ Yapılacak muayene ilgili ticaret dalına göre normal olarak nitelendirilecek bir muayene olmalıdır.¹⁵⁴ Muayenenin mahiyetini taraflar arasındaki sözleşme, bunda hüküm bulunmaması hâlinde milletlerarası ticaretteki uygulamalar ve tarafların aralarında oluşturdukları alışkanlıklar belirleyecektir.¹⁵⁵ Burada önemli olan, muayenenin ticaret hayatının beklentilerine uygun biçimde, uzmanlar tarafından ve özenli biçimde yapılmasıdır.¹⁵⁶ Ancak her hâlükârda, alıcının muayene külfeti, normal bir inceleme ile tespit

¹⁵⁰ ATAMER, *a.g.e.*, s. 227.

¹⁵¹ KRUISINGA, *a.g.e.*, s. 70; SCHLECHTRIEM / BUTLER, *a.g.e.*, s. 126.

¹⁵² FLECHTNER, *a.g.e.*, s. 177.

¹⁵³ ACAR, *a.g.e.*, s. 37-38.

¹⁵⁴ BIANCA, (Art. 35), s. 277.

¹⁵⁵ VSS'nin 9. maddesinde, tarafların milletlerarası teamül ve uygulamalar veya aralarında kararlaştırdıkları alışkanlıklarla bağlı olacakları belirtilmiştir. Dolayısıyla yapılacak muayenenin kapsamı, milletlerarası ticaretteki benzer nitelikteki satımlarda uygulanan teamüllere göre belirlenecektir. Bkz. ACAR, *a.g.e.*, s. 38; ATAMER, *a.g.e.*, s. 224.

¹⁵⁶ ATAMER, *a.g.e.*, s. 224.

edilebilecek ayıpları kapsamaktadır¹⁵⁷ Yani gizli ayıpların tespit edilmesi¹⁵⁸ veya alıcının malların hepsini tek tek incelemesi gerekmemektedir.¹⁵⁹ Verilen bazı kararlarda da, m. 38’de belirtilen sürenin gizli ayıplar açısından, ayıbın ortaya çıkması ile başladığı belirtilmektedir.¹⁶⁰

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, mesafeli satışlarda alıcının muayene külfeti malların varma yerinde doğabilecektir. Mesafeli satımlarda, mallar alıcıya teslim edilmesine rağmen, alıcının bunları inceleme imkanının fiziken bulunmaması sebebiyle, muayene külfeti malların ilk taşıyıcıya teslimi anından itibaren değil, varma yerine ulaşmasından itibaren başlamaktadır.¹⁶¹

Üçüncü fıkrada yer alan hükmün uygulanabilmesi, yani muayene külfetinin varma yerinde başlayabilmesi için satıcı, malların taşıma sırasında başka bir yere yönlendirileceğini veya gönderileceğini bilmeli veya bilmesi gerekmektedir. Satıcı sözleşmenin yapıldığı sırada bu durumu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, muayene külfeti varma yerinde başlamayacaktır. Bu durum malların muayenesinin ilk varış yerinde değil de, son varış yerinde yapılması, dolayısıyla ihbar süresin satıcının beklemediği şekilde uzatılmasının önlenmesi açısından, satıcı lehine bir düzenlemedir.¹⁶² Bu düzenleme milletlerarası ticari hayatın gereklilikleri neticesinde ortaya çıkan bir hüküm gibi görünmektedir. Zira milletlerarası ticari satımlarda alıcı tarafın, mallar varma yerine ulaşmadan başka bir yere göndermesine sık rastlanmaktadır.¹⁶³ Malların alıcı tarafından tekrar satılması veya diğer nedenlerle başka bir yere gönderilmesi hâlinde alıcının muayene külfeti yeni varma yerine kadar ertelenmiş olmaktadır.

Türk hukukunda muayene ve ihbar külfetleri BK m. 198’de düzenlenmiştir. BK m. 198’e göre;

“Müşteri kabz ettiği mebiin hâlini örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup mebi de bayiin tekeffül altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal bayie ihbar etmesi lazım gelir.

Bunu ihmal ettiği halde mebi kabul etmiş sayılır. Meğer ki mebide adi bir muayene ile meydana çıkarılamayacak bir ayıp bulunsun.

¹⁵⁷ ACAR, a.g.e., s. 38.

¹⁵⁸ ATAMER, a.g.e., s. 225.

¹⁵⁹ ACAR, a.g.e., s. 38; BIANCA, (Art. 35), s. 279.

¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. UNCITRAL, a.g.e., s. 116.

¹⁶¹ ACAR, a.g.e., s. 39.

¹⁶² ACAR, a.g.e., s. 39.

¹⁶³ ATAMER, a.g.e., s. 226.

Bu kabilden bir ayıp sonradan meydana çıkarsa derhal bayie ihbar edilmelidir. Aksi takdirde, mebi bu ayıp ile beraber kabul edilmiş addolunur.”

Buna göre alıcının, imkan bulur bulmaz malı muayene etmesi ve herhangi bir ayıp tespit ettiği takdirde derhal satıcıya bildirmesi gerekmektedir.¹⁶⁴ Yani Türk hukukunda muayene süresi kesin olarak belirtilmemiştir, ancak muayene süresinin gün cinsinden belirlendiği istisnalara da yer verilmiştir.¹⁶⁵ Bu istisnalardan birisi de ticari satımlardır. TTK m. 25/3'e göre;

“Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değilse alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur. Diğer hallerde Borçlar Kanununun 198. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları tatbik olunur.”

TTK'daki bu düzenlemeye göre, Türk hukukunda, satımın ticari olması hâlinde teslim sırasında açıkça belli olan ayıplarda iki gün, teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıplarda ise sekiz günlük muayene süresi belirlenmiştir. Madde hükmünde geçen, 'teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıp'tan kasıt, BK anlamında, adi bir muayene ile ortaya çıkarılabilecek nitelikteki ayıplardır.¹⁶⁶ Madde de belirtilen her iki durum da açık ayıpları ifade etmektedir. Olağan bir muayene ile anlaşılması mümkün olmayan ayıplarda, yani gizli ayıplarda ise ayıp ortaya çıktığında derhal satıcıya bildirilmesi gerekmektedir.¹⁶⁷ Görüldüğü gibi VSS'den farklı olarak Türk hukukunda açık olmayan ayıplarda muayenenin 8 gün içinde yapılması gerekirken, VSS'de muayene için süre belirtilmemiştir. 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun (YTTK'nın)¹⁶⁸ 23/1. maddesinin (c) bendinde de aynı süreler benimsenmiştir.

¹⁶⁴ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 98; KAYAR, *a.g.e.*, s. 209; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 123; YAVUZ, (*Borçlar*), s. 98; YAVUZ, (*Sorumluluk*), s. 82 vd.; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 58; ZEVKLİLER, *a.g.e.*, s. 113.

¹⁶⁵ Örneğin hayvan satımında BK m. 199 uyarınca 9 gün içinde yapılması gerekir. TKHK'da da açık ayıplar için 15 günlük süre öngörülmüştür.

¹⁶⁶ ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 72.

¹⁶⁷ ŞAHİNİZ, *a.g.e.*, s. 73.

¹⁶⁸ 13/01/2011 tarihli TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 14/02/2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Türk hukukunda alıcının muayene külfetini yerine getirmiş sayılması için muayenenin olağan şekilde yapılması yeterlidir, ancak alıcının detaylı bir muayene yapması veya yaptırmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.¹⁶⁹ Muayene, alıcı veya yetkili temsilcisi tarafından yapılabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de yaptırılabilir.¹⁷⁰

6098 sayılı YBK m. 222'ye göre, alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmek ve satılana da satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı bu gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılana olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılmayacak bir ayıp bulunması hâlinde bu hüküm uygulanmaz.

b. İhbar Külfeti

VSS m. 39/1'e göre;

“Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptandığı veya saptanması gerektiği tarihten itibaren makul süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığın türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.”

Buna göre, satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan sorumlu olabilmesi için alıcı, ayıbın tespit edildiği tarihten itibaren makul bir sürede satıcıya bildirimde bulunmak zorundadır. Aksi halde malı ayıplı olarak kabul ettiği varsayılır ve ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklara dayanma imkanını kaybeder.¹⁷¹ İhbar külfeti, yalnızca m. 35'te belirtilen sebeplerle ayıbın ortaya çıktığı hallerle sınırlı değildir, aynı zamanda sözleşmesel garantilere aykırılık hâlinde de ihbar külfeti ortaya çıkmaktadır.¹⁷²

Makul sürenin belirlenmesinde de muayene külfetinde olduğu gibi, somut olaydaki koşulların dikkate alınması gerekir.¹⁷³ Belirtilen bu süre açık ayıplara ilişkin olup, gizli ayıplar için iki yıllık sürenin başlangıcı hakkında

¹⁶⁹ŞAHİNİZ, a.g.e., s. 74-75.

¹⁷⁰ŞAHİNİZ, a.g.e., s. 73-74.

¹⁷¹ATAMER, a.g.e., s. 237; Kazuaki SONO, “Article 39”, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, S: 303-313, Milan, 1987, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono-bb39.html>, Erişim Tarihi: 16.12.2010, s.306. Kural bu olmakla birlikte, önceki bölümde belirttiğimiz gibi satıcının ayıbı bilmesi veya bilmesinin gerektiği durumlar istisna olarak öngörülmüştür. Bkz. ‘Alıcının Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş Olması’.

¹⁷²UNCITRAL, a.g.e., s. 123.

¹⁷³KRUISINGA, a.g.e., s. 76; SCHLECHTRIEM / BUTLER, a.g.e., s. 127.

farklı görüşler bulunmaktadır.¹⁷⁴ Malda gizli ayıp bulunduğu şüphesinin oluşması hâlinde alıcının, dürüstlük kuralı gereği malı muayene etmek için harekete geçmesinin beklenebileceği¹⁷⁵ ve muayene külfetinin tekrar canlanacağı belirtilmektedir.¹⁷⁶

İhbar külfetinin kapsamı yalnızca malın ayıplı olduğunun bildirilmesine ilişkin değildir. Alıcı, ne tür bir ayıp bulunduğunu mümkün olduğu kadar açık olarak tanımlamalı, farklı ayıplar bulunuyorsa bunları ayrı ayrı belirtmeli, ayıbın malın bir kısmına ait olması hâlinde bunun miktarını belirtmeli, yani mümkün olduğu kadar somutlaştırmalıdır.¹⁷⁷ Aksi halde alıcı, ihbarda belirttiği hususlar açısından ayıptan kaynaklanan haklarını kullanabilecekken, ihbarda belirtmediği ayıplar açısından ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kaybedecektir.¹⁷⁸ Görüldüğü gibi ihbarın mümkün olduğu kadar açık ve net olması gerekmektedir.¹⁷⁹ Ancak ihbarın içeriğinin fazlasıyla genişletilmesi ayıplı ifaya ilişkin riskin tamamen alıcıya yüklenmesine sebep olacağından dikkatli olunması da gerekmektedir.¹⁸⁰

Alıcının ihbar yükümlülüğüne ilişkin VSS'de şekil şartı öngörülmemesine rağmen, ihbarın yazılı biçimde yapılması ispat kolaylığı sağlayacaktır.¹⁸¹

Türk hukukunda da alıcının, imkan bulur bulmaz malı muayene etmesi ve herhangi bir ayıp tespit ettiği takdirde derhal satıcıya bildirmesi gerekmektedir.¹⁸² VSS'den farklı olarak ayıbın derhal bildirilmesi zorunlu-

¹⁷⁴ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 230-231.

¹⁷⁵ **Nina FREIBURG**, *Die Rügeobliegenheit des Käufers bei grenzüberschreitendem Warenverkehr*; IHR 2005, 56-64, s. 58-59'dan; **Ulrich MAGNUS**, "Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung", Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetz, Berlin, Art.39 N. 32'den aktaran **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 231.

¹⁷⁶ CISG-AC, Op. 2 (Bergsten), Art. 38 n.3'den; **Peter SCHLECTRIEM / Ingeborg SCHWENZER**, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 4. Aufl. München 2004, Art. 39, N. 20'den; **Jan HEILMAN**, *Mängelgewährleistung im UN Kaufrecht – Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Verleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen*, Berlin 1994, s. 325'den aktaran **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 231.

¹⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 228-229; **FLECHTNER**, *a.g.e.*, s. 176 vd.; **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 90.

¹⁷⁸ **FLECHTNER**, *a.g.e.*, s. 177, dipnot 33; **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 89.

¹⁷⁹ **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 92; **SCHLECHTRIEM / BUTLER**, *a.g.e.*, s. 128.

¹⁸⁰ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 229. Benzer yöndeki görüş için bkz. **KRUISINGA**, *a.g.e.*, s. 93. **KRUISINGA**, ihbarın içeriğinin uygun olmaması sebebiyle alıcının haklarını kullanamamasını, çok sert bir yaptırım olarak değerlendirmektedir.

¹⁸¹ **ATAMER**, *a.g.e.*, s. 230.

¹⁸² **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, *a.g.e.*, s. 98; **KAYAR**, *a.g.e.*, s. 209; **TANDOĞAN**,

dur. Buna karşılık Türk doktrininde, kanundaki ‘derhal’ ibaresinin satılanın mahiyetine, ilgili ticaret dalına, ayıbın niteliğine bakılarak¹⁸³ makul bir süre olarak anlaşılması gerektiği ve somut olaya göre yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁸⁴ VSS’de ise, bu konuda yapılan çalışmalarda makul sürenin, ‘derhal’ olarak yorumlanamayacağı belirtilmektedir.¹⁸⁵

BK m. 198’e göre alıcı, derhal ihbarda bulunmadığı takdirde malı ayıplı olarak kabul etmiş sayılır. Ancak bu husus açık ayıplar için geçerlidir. Eğer maldaki ayıp gizli ise, yani normal bir muayene ile ortaya çıkarılamayacak türden bir ayıp ise sonradan ortaya çıktığında da derhal satıcıya bildirmesi gerekir.¹⁸⁶ Borçlar Kanunu’nda ayıbın ‘derhal’ ihbar edilmesi gerektiğinden, bu durum somut olaya bakılarak değerlendirilecektir.¹⁸⁷ Ancak BK’da yer alan ‘derhal’ ifadesine rağmen, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4’e göre, açık ayıplarda satıcıya bildirim süresi 15 gün olarak belirtilmiştir. Türk hukukunda da VSS’ye paralel şekilde, ihbarın yapılmasında, ayıbın ve buna ilişkin konuların ayrıntılı olarak belirtilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁸⁸

TTK m. 25/3’te muayene için belirtilen süre ihbar içinde geçerlidir. Yani ticari satımlarda alıcı, teslim sırasında açıkça belli olan ayıplarda iki gün, teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıplarda sekiz gün içinde satıcıya ihbarda bulunmak zorundadır. Gizli ayıplarda ise ayıp ortaya çıktığında derhal ihbarda bulunması gerekmektedir. 6102 sayılı YTTK ile yapılan değişiklikte de bu süreler benimsenmiştir.

6098 sayılı YBK m. 222’de, alıcının, satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp gördüğü takdirde uygun süre içinde satıcıya bildirmesi gerektiğine yer verilmiştir. Aynı maddenin son cümlesinde ise, ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır. Yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak YBK’da, açık ayıplar için kabul edilen ‘derhal bildirim’ süresi, ‘uygun bir süre içinde bildirim’ olarak değiştirilmiştir. Ancak gizli ayıplar sebebiyle ya-

a.g.e., s. 123; YAVUZ, (*Borçlar*), s. 99; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 58-59; ZEVLİLER, *a.g.e.*, s. 113.

¹⁸³ YAVUZ, (*Borçlar*), s. 98.

¹⁸⁴ TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 127.

¹⁸⁵ KRUISINGA, *a.g.e.*, s. 77.

¹⁸⁶ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 91 vd.; KAYAR, *a.g.e.*, s. 210; YAVUZ, (*Borçlar*), s. 98.

¹⁸⁷ YAVUZ, (*Borçlar*), s. 98.

¹⁸⁸ TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 127.

pılacak bildirimlerin ayıp ortaya çıktıktan sonra derhal yapılması gerektiğine ilişkin düzenleme korunmuştur.

Buna ek olarak BK m. 199'da hayvan satımları açısından özel bir süreye yer verilmiş ve hayvanın teslim edildiği veya teslim almaktan kaçınıldığı günden itibaren, ayıbın 9 gün içinde bildirilmesi ve bu sürede hayvanın birliki tarafından görülmesinin istenmesi gerekmektedir.¹⁸⁹ Bu hüküm 6098 sayılı YBK m. 223'e dili sadeleştirilerek aynen alınmıştır.

İhbar külfetine ilişkin son olarak hukukumuzda kural olarak ihbarın yapılmasının şekle bağlı olmadığını da belirtmemiz gerekir.¹⁹⁰ Ticari satımlarda da ayıp ihbarını şekle tabi kılan açık bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁹¹

c. Muhafaza Külfeti

Alıcının malın muhafazasına ilişkin yükümlülükleri m. 86-88 arasında düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 86. maddesine göre;

“(1) Malları teslim almış olan alıcı, sözleşmeden veya bu anlaşmadan doğan, malları reddetme hakkını kullanmak isterse, onların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar satıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.

(2) Alıcıya gönderilen mallar, varış yerinde alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş ve alıcı bunları reddetme hakkını kullanmışsa, bunların zilyetliğini satıcı adına devralması gerekir. Şu kadar ki devralmak, semenin ödenmesini gerektirmesin ve makul olmayan zahmet ve masraflara sebep olmasın. Bu hüküm, varma yerinde satıcı veya malları satıcı adına hakimiyeti altına almaya yetkili bir kimsenin bulunduğu hallerde uygulanmaz. Alıcı malların

¹⁸⁹BK. m. 195'e göre hayvan alım satımında satıcının ayıba karşı tekeffülünün gündeme gelebilmesi için, satıcının yazılı olarak güven vermiş olması veya müşteriye kandırılmış olması gerekmektedir. Kural olarak, satıcı yazılı olarak bu sorumluluğu üstlenmedikçe sorumlu tutulamaz. Bkz. **TANDOĞAN**, *a.g.e.*, s. 129; **ZEVKLİLER**, *a.g.e.*, s. 114. Ayrıca BK. m. 199'da belirtilen 9 günlük süre, satıcı tarafından yazılı bir güvence verilmiş olup, ayıp bu yazılı güvencede yer almayan bir konuya veya hayvanın gebe olması dışındaki bir konuya ilişkin ise uygulanır.

¹⁹⁰**TANDOĞAN**, *a.g.e.*, s. 127.

¹⁹¹Buna karşılık TTK m. 20/3'te tacirler arasında ticari satımlarda diğer tarafı temerrüde düşürmek, sözleşmeyi feshetmek veya sözleşmeden dönme amacıyla yapılan ihtar ve ihbarlar için şekil şartı getiren hükmün tacirler arası ticari satımlarda ayıbın bildirilmesi açısından da geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞAHİNİZ**, *a.g.e.*, 77-80.

zilyetliğini bu fıkra uyarınca devralırsa hakları ve borçları birinci fıkraya göre belirlenir.”

Maddenin ilk fıkrasına göre alıcının ayıplı malı kabul etmek istememesi hâlinde, malları muhafaza etmek için gereken önlemleri alması gerekir. Ancak malların gönderildiği yerde satıcının bir temsilcisi bulunuyorsa, alıcının satıcı hesabına malları muhafaza etme yükümlülüğü bulunmayacaktır.

Sözleşmenin 88. maddesine göre;

“(1) 85 veya 86. madde uyarınca malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, diğer taraf, malların zilyetliğini devralmakta veya bunları geri almakta veya semeni veyahut muhafaza masraflarını ödemekte makul olmayan ölçüde geç kalmış ise bunları uygun bir şekilde satabilir. Şu kadar ki, satma niyetine ilişkin olarak diğer tarafa makul bir bildirimde bulunulmuş olsun.

(2) Mallar çabuk bozulacak türdence veya bunların muhafazası makul sayılamayacak masrafı gerektirecekse, 85 veya 86. madde uyarınca malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, bunları satmak için uygun önlemleri almak zorundadır. Mümkün olduğu ölçüde diğer tarafa satma niyetine ilişkin bildirimde bulunulmalıdır.

(3) Malları satan tarafın, malların muhafazası ve satımı için yapılan makul masraflara eşit bir miktarda satımdan elde edilen gelirden alıkoyma hakkı vardır. Bakiyeyi diğer tarafa borçludur.”

Buna göre, satıcının veya temsilcisinin, malları makul bir süre içerisinde geri almaması veya muhafaza için alıcının yaptığı masrafları ödemeye yanaşmaması hâlinde, alıcı, satıcıya ihbarda bulunarak malları satabilecektir.¹⁹² Malların muhafazasının çok masraflı olması veya malların çabuk bozulacak cinsten olması hâlinde de alıcının malları sattırma yetkisi bulunmaktadır.¹⁹³

Muhafaza masraflarının kime ait olacağı konusu ise 87. madde de düzenlenmiştir. Sözleşmenin 87. maddesine göre;

“Malların muhafazası için önlem almakla yükümlü olan taraf bunları, masrafı karşı tarafa ait olmak üzere üçüncü bir kişinin ardiyesine tevdi edebilir; meğer ki doğan masraflar makul olmasın.”

¹⁹² ACAR, a.g.e., s. 41.

¹⁹³ ACAR, a.g.e., s. 41.

Türk hukukunda yer alan düzenleme VSS'nin bu hükümleri ile paralellik arz etmektedir. BK m. 201'e göre;

“Başka bir mahalden gönderilen mebiin ayıplı olduğunu iddia eden müşteri, bulunduğu yerde mümessili yok ise mebiin muhafazası için lazım gelen tedbirleri ittihaz etmekle mükelleftir. Müşteri, ayıplı olduğunu iddia ettiği mebiin muhafaza için gerekli tedbirleri yapmaksızın bayie gönderemez.

Müşteri, vakit kaybetmeksizin mebiin hâlini usulen tasdik ettirmekle mükelleftir. Aksi halde, iddia olunan ayıbın mebiin kendisine vasıl olduğunu zaman mevcut bulunduğunu ispat etmeğe mecbur olur.

Mebiin az zamanda bozulmak korkusu varsa müşterinin onu bulduğu yerde mercii marifetiyle sattırmağa salahiyeti ve hatta bayiin menfaati böyle iktiza ediyorsa mecburiyeti vardır. Müşteri, her halde bayii mümkün olan süratle keyfiyetten haberdar etmekle mükellef ve etmediği takdirde zarar ve ziyan davasına maruzdur.”

Türk hukukunda muhafaza külfeti mesafeli satımlarda ortaya çıkmaktadır. Mesafeli satımlar söz konusu olduğunda mal kısa sürede bozulacak cinstense, alıcı malları sattırmağa yetkilidir, hatta satıcının menfaati için malların satılması gerekiyorsa buna mecburdur.¹⁹⁴ Yani mesafeli satımlarda, alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanmasının şartları ağırlaştırılmıştır.¹⁹⁵

Hukukumuzda mesafeli satışlarda alıcının koruma önlemleri geçici nitelikte olduğundan, satıcıya verdiği uygun süre içinde satıcı malı teslim almazsa veya muhafazasını üstlenmezse, alıcının muhafaza yükümlülüğünün sona ereceği kabul edilmektedir.¹⁹⁶ Ayrıca alıcı, muhafaza giderlerini satıcıdan talep etme hakkına sahiptir. Ancak malın muhafazası için gerekli önlemleri almadığı takdirde satıcının zararını tazmin etmek zorundadır.¹⁹⁷

VSS'den farklı olarak Türk hukukunda alıcı, malların durumunu kendisi inceleyerek, iyiniyet kuralları çerçevesinde malların durumu hakkında karar verecek ve yine herhangi bir merciiin müdahalesi olmaksızın kendisi sattırabilecektir.¹⁹⁸

¹⁹⁴ TANDOĞAN, a.g.e., s. 132; YAVUZ, (Borçlar), s. 100; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, a.g.e., s. 59; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 115.

¹⁹⁵ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, a.g.e., s. 98.

¹⁹⁶ TANDOĞAN, a.g.e., s. 132; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 115.

¹⁹⁷ TANDOĞAN, a.g.e., s. 132-133; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 115.

¹⁹⁸ ACAR, a.g.e., s. 41.

6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda muhafaza yükümlülüğü m. 225'te düzenlenmiştir. Düzenleme, yürürlükte olan Borçlar Kanunu'ndan farklı bir hüküm getirmemiş, BK m. 201 dili sadeleştirilerek aynen aktarılmıştır.

4. M. 35/2 AÇISINDAN EK ŞART: ALICININ AYIBI BİLMEMESİ

VSS'nin 35/3. maddesine göre;

“Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ile (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir.”

Buna göre alıcı, satıcının teslim edilen malı teslim edeceği konusunda bilgi sahibi ise, satıcıdan daha yüksek kalite ve niteliklerde mal talep edemez.¹⁹⁹ Ancak bu hüküm, yalnızca sözleşmenin m. 35'in 2. fıkrasındaki hallerde uygulanacaktır,²⁰⁰ tartışmalı olmakla birlikte,²⁰¹ m. 35/1'de ki hallerin hükmün uygulama alanı dışında olduğu belirtilmektedir.²⁰²

Satıcı yalnızca alıcının bilmediği veya makul bir muayene ile anlamasının mümkün olmadığı ayıplardan sorumludur.²⁰³ Bu hüküm özellikle açık ayıplar açısından önemlidir. Zira ayıbın makul bir muayene ile anlaşılacağı hallerde, alıcı malı aldığı takdirde malı bu halde kabul etmiş sayılır.²⁰⁴ Bu düzenleme özellikle alıcının maldaki ayıbı bildiğini ispat etmesinin oldukça güç olacağı göz önüne alındığında, satıcıyı ispat yükü açısından rahatlatan bir düzenlemedir.²⁰⁵

Türk hukukunda BK m. 197'ye göre;

“Bayi, müşterinin bey'i zamanında malumu olan ayıptan mesul olmadığı gibi mebbii kağı derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mesul olur.”

¹⁹⁹ BIANCA, (Art. 35), s. 278.

²⁰⁰ HENSCHTEL, (Art. 35), s. 9; NEUMANN, a.g.e., para. 48; VINCZE, a.g.e., s. 554-555.

²⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. NEUMANN, a.g.e., para. 48-50.

²⁰² Sözleşmenin hazırlanması aşamasında Viyana Diplomatik Konferansı'nda, bu hükmün, m. 35/1'i de kapsayacak şekilde düzenlenmesi önerilmiş olsa da, bu öneri delegelerin büyük çoğunluğu tarafından kabul görmemiştir. Bkz. HENSCHTEL, (Art. 35), s. 9.

²⁰³ BIANCA, (Art. 35), s. 279.

²⁰⁴ BIANCA, (Art. 35), s. 278.

²⁰⁵ HENSCHTEL, (Art. 35), s.9.

Buna göre alıcı ayıbı biliyorsa, ayıptan kaynaklanan haklarını kullanamayacaktır. Bu düzenleme 6098 sayılı YBK'nın 221. maddesine dili sadeleştirilerek aktarılmıştır.

Türk hukukundaki düzenlemede alıcının ayıba ilişkin bilgisi, VSS'den farklı olarak, ayıptan kaynaklanan hakların tümünü kaybetmesine sebep olmaktadır. Oysa VSS'de yer alan düzenlemede alıcının bilgisi, yalnızca bazı seçimlik haklar açısından önem taşımaktadır.

A. İSPAT YÜKÜ

Ayıba karşı tekeffülde ispat yükünün uygulanmasında birden çok husus göz önünde bulundurulacaktır. Öncelikle malın ayıplı olduğu veya olmadığı, ayıp var ise bu ayıbın hasarın intikalinden önce var olup olmadığı, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini uygun biçimde yerine getirip getirmediği gibi hususların ispatı ayrı ayrı tespit edilecektir. Ancak bütün bunları ele almak çalışmamızın kapsamını aşacağından yalnızca malların sözleşmeye uygun olmadığına ilişkin ispat yükünü belirtmek yerinde olacaktır.

VSS'nin uygulanmasında, ulusal mahkemelerin ispat yüküne ilişkin yaklaşımları farklılık göstermektedir.²⁰⁶ Malların sözleşmeye uygun olmadığı konusunda ispat yüküne ilişkin açık bir düzenleme VSS'de yer almamasına rağmen,²⁰⁷ alıcının özellikle m. 35/1 ve m. 35/2(b) kapsamında malların sözleşmeye uygun olmadığını iddia etmesi hâlinde bunu ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir.²⁰⁸

Türk hukukunda ise ispat yükünü parça ve çeşit satımı olarak ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır. Parça satımında yalnızca, malın taraflar arasındaki sözleşmenin konusu ile aynı olduğunu ve bildirilen nitelikleri taşıdığını; çeşit satımında ise malın belirtilen çeşit ve kaliteye uygunluğu ile bildirilen nitelikleri taşıdığını satıcı ispat etmekle yükümlüdür.²⁰⁹ Bu iki hal dışında, alıcı malın ayıplı olduğunu iddia ettiği takdirde kendisini bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır.²¹⁰

²⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **UNCITRAL**, *a.g.e.*, s. 106.

²⁰⁷ **UNCITRAL**, *a.g.e.*, s. 106. İspat yüküne ilişkin açık bir hüküm olmamasına ve ispat yükü konusunun VSS kapsamında olup olmadığı tartışmalı olmasına rağmen, sözleşmenin bazı maddelerinin ispat yükünü işaret eden düzenlemeler getirdiği, bu nedenle ispat yükü konusunda da sözleşmeye başvurulabileceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **NEUMANN**, *a.g.e.*, para. 27-37.

²⁰⁸ **NEUMANN**, *a.g.e.*, para. 38.

²⁰⁹ **YAVUZ**, (*Sorumluluk*), s. 73.

²¹⁰ **YAVUZ**, (*Sorumluluk*), s. 73.

B. SATICININ AYIBAKARŞITEKEFFÜLSORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

VSS m. 39/2'ye göre;

“Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğer ki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun.”

Buna göre, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumluluğu iki yıllık bir süre ile sınırlandırılmıştır.²¹¹ Alıcı iki yıl içerisinde satıcıya bildirimde bulunmadığı takdirde, satıcı, ayıplı mal sebebiyle sorumlu olmayacaktır. İki yıllık süre, malın fiilen alıcıya teslim edildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Burada malları temsil eden belgelerin alıcıya teslim yeterli olmayıp, malların fiziksel olarak alıcıya teslim edilmesi gerekmektedir.²¹²

Belirtilen bu süreyi m. 39/1'de yer alan ihbar süresi ile karıştırmamak gerekir. Zira m. 39/1'de yer verilen 'makul süre' ibaresi ihbarın yapılması gereken süreyi ifade etmektedir. Bu süre ise somut olaydaki koşullar dikkate alınarak belirlenecektir. Oysa ikinci fıkrada yer verilen iki yıllık süre, ayıba karşı tekeffül de hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir.²¹³ Aksi halde bu durum adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin malı teslim aldığı hafta maldaki ayıpları tespit eden alıcının, satıcıya ihbarı 1 yıl sonra yapması hâlinde zararın artması sebebiyle satıcıyı daha fazla zarara sokabilecektir. Böyle bir durumda alıcı ve satıcının menfaatlerinin dengelenmesi açısından, alıcının 'makul süre'yi aştığının kabul edilmesi hakkaniyete de uygun olacaktır.

Maddenin son cümlesinde açık olarak belirtildiği gibi, satıcının mal için garanti verdiği durumlarda bu süre uygulanmayacaktır.

Son olarak VSS'de yer alan iki yıllık süre emredici nitelikte olmadığından, taraflar bu süreden daha uzun veya daha kısa bir süre belirleyebilirler.²¹⁴ Bunun dışında iki yıllık süreye bir istisna getirilmiştir. VSS m. 40'a göre, satıcının ayıpları bilmesi veya bilmesinin gerektiği durumlarda, bunları alıcıya bildirmemesi hâlinde, satıcı iki yıllık sürenin geçtiğini ileri süremeyecektir.²¹⁵

²¹¹ AB Tüketici satımlarına ilişkin direktif, TKHK m. 4, YBK m. 236, YTTK'da da iki yıllık süre benimsenmiştir.

²¹² SONO, *a.g.e.*, s. 310.

²¹³ Bkz. ATAMER, *a.g.e.*, s. 236.

²¹⁴ ACAR, *a.g.e.*, s. 41; SCHLECHTRIEM / BUTLER, *a.g.e.*, s. 130.

²¹⁵ VSS m. 40 ile ilgili açıklama için bkz. 'Alıcının Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş Olması'.

Türk hukukunda; ayıba karşı tekeffül sebebiyle açılacak davalarda malın teslim edilmesinden itibaren 1 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (BK m. 207/1). Ancak TTK m. 25/5 uyarınca, BK 207'de belirtilen zamanaşımı süresi tacirler arasındaki ticari satımlarda altı aydır. Fakat ayıbın, satıcının hilesi ile gizlendiği hallerde zamanaşımı süreleri uygulanmaz.²¹⁶

6102 sayılı YTTK'nın 23/1. maddesinin (d) fıkrasında da ticari satımlar için öngörülen altı aylık zamanaşımı süresi korunmuştur. Buna karşılık 6098 sayılı YBK'da bu süre iki yıla çıkarılmıştır. YBK'nın 230. maddesine göre;

“Satıcı daha uzun bir süre üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ilişkin ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.

Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.”

İki yıllık süre, VSS'de hak düşürücü süre, YBK'da ise zamanaşımı süresi olarak belirtilmişse de, hakkın ileri sürülebilmesi açısından bu sürelerin uyumlaştırılmış olması, VSS'nin Türkiye'de uygulanacak olması sebebiyle olumlu bir değişikliktir.

III. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Satım konusu malın sözleşmeye uygun olmaması hâlinde alıcının seçimlik hakları doğmaktadır. Alıcının ayıba karşı tekeffül nedeniyle ortaya çıkan seçimlik hakları sözleşmenin 46-52 maddeleri arasında hem ayıba, hem de zapta karşı tekeffül sebebiyle doğacak hakları birlikte düzenlenmiştir.²¹⁷ Bu maddelerde yer verilen seçimlik haklar dışında alıcının m. 74-77 uyarınca tazminat isteme hakkı da mevcuttur.

Alıcı satıcı tarafından sözleşmeye aykırılık yaratılması ve sözleşmeye aykırılığın haksız olması hâlinde seçimlik haklarını kullanabilir.²¹⁸ Sözleşme-

²¹⁶KAYAR, *a.g.e.*, s. 211; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 144; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 67.

²¹⁷Ancak bu seçimlik hakların tümü ayıba karşı tekeffül halinde uygulanabilecekken, zapta karşı tekeffül için bu durum söz konusu değildir. Bazı seçimlik hakların, (örneğin malın onarılması talebinin) niteliği gereği zapta karşı tekeffül durumunda uygulanması mümkün olmadığından, zapta karşı tekeffül halinde yalnızca bir kısmı uygulanabilecektir.

²¹⁸ERDEM, (*VSS*), s. 76-77.

ye göre satım konusu malın sözleşmeye uygun olmaması hâlinde alıcının sahip olduğu imkanlar şu şekilde belirtilebilir;²¹⁹

- Aynen ifa talebi (m. 47)
- İkame mal talebi (m. 46/2)
- Onarım talebi (m. 46/3)
- Sözleşmeden dönme (m. 49)
- Semeninin indirilmesi talebi (m. 50)
- Tazminat talebi (m. 74-77)

Alıcı bu haklardan, nitelikleri açısından kendi ülkesinde uygulanan ve bu haklar ile çatışmayan haklardan yararlanabilecektir.²²⁰ Benzer şekilde, alıcının birden fazla seçimlik hakkı kullanabilmesi için, kullanacağı hakların nitelikleri itibariyle birbirleriyle çatışmaması gerekmektedir.²²¹

Ayrıca alıcının sözleşmeden dönme dışındaki haklarını kullanabilmesi için sözleşmeyi ayakta tutma iradesi bulunmalıdır.²²² Zira Viyana Satım Sözleşmesi'nde sözleşmeye aykırılığa ilişkin düzenlemelerde, mümkün olduğu kadar sözleşmeyi ayakta tutma amacı göze çarpmaktadır.²²³

Alıcının haklarının temel özellikleri şunlardır;²²⁴

- Tüm sözleşme ihlalleri ve bütün borçlar için geçerlidir.
- İfaya ilişkin haklar²²⁵ ayrıca tazminat talebi ile birleştirilebilirler.
- Alıcının bu hakları kullanması satıcının kusuruna bağlı değildir.²²⁶
- Kural olarak alıcı, bu hakları kullanırken satıcıya ek süre vermek zorunda değildir.

²¹⁹ **ACAR**, *a.g.e.*, s. 42; **Peter HUBER**, "CISG – Sözleşmeye Aykırılık Hâlinde Alıcının Hakları", Çev. Başak BAŞOĞLU, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Ed: Yeşim M. ATAMER, S: 267-285, İstanbul, 2008, s. 267-268.

²²⁰ **ACAR**, *a.g.e.*, s. 42.

²²¹ **ACAR**, *a.g.e.*, s. 42.

²²² **ACAR**, *a.g.e.*, s. 42.

²²³ **HUBER**, *a.g.e.*, s. 268.

²²⁴ **ERDEM**, (*VSS*), s. 75-76.

²²⁵ Bu haklar aynen ifa talebi, malın değiştirilmesi talebi, malın tamirini isteme ve sözleşmeden dönme haklarıdır.

²²⁶ Kural bu olmakla birlikte, alıcının ayıplı mal nedeniyle uğradığı dolaylı zararların tazmini gibi bazı konularda satıcının kusuru önem taşımaktadır. Bu tür dolaylı zararlarda, satıcının kusursuzluğunu ispatlaması hâlinde, satıcı bu zararları tazmin etmekten kurtulacaktır.

Türk hukukunda ise malın ayıplı olması halinde alıcı;

- Malın değiştirilmesini isteme (BK m. 203; TKHK m. 4/2)
- Malın tamir edilmesini isteme (TKHK m. 4/2)²²⁷
- Sözleşmeden dönme (BK m. 202; TKHK m. 4/2)
- Semen in indirilmesini isteme (BK m. 202; TKHK m. 4/2)

Seçimlik haklarına sahiptir.²²⁸

VSS'de alıcının sahip olduğu haklar ile hukukumuzda yer alan düzenlemelerde farklılıklar olmakla birlikte, genel hatlarıyla sözleşmeyle benzerlik göstermektedir.

A. İFAYA İLİŞKİN TALEPLER İÇİN GENEL ŞARTLAR

Sözleşme m. 46/1'e göre;

“Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir; meğer ki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan yararlanmış olsun.”

Bu fıkra satıcıdan ifanın talep edilmesine ilişkin genel bir kuraldır.²²⁹ M. 46/1 satıcının sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğünün ihlâli hâlinde uygulanacak bir kural olmasına karşılık, m. 46/2 ve m. 46/3 yalnızca sözleşmeye uygun mal teslim edilmemesi hâlinde uygulanacaktır.²³⁰

VSS m. 46 kapsamında alıcının, aynen ifa, ikame mal veya onarım talep edebilmesi için genel olarak şu şartlar gerekmektedir;²³¹

- İfa talepleriyle bağdaşmayan diğer haklarını kullanmaması
- İç hukukta da aynen ifaya hükmedilebilecek bir düzenleme bulunması (VSS m. 28),
- İfa etmemenin alıcının eylemi veya eylemsizliğinden kaynaklanmış olması (VSS m. 80).

²²⁷Borçlar Kanunu'na göre alıcının kanunen malın tamirini talep etme hakkı yoktur. Alıcının malın tamirini talep edebilmesi için tarafların bu konuda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, *a.g.e.*, s. 133.

²²⁸Ayrıntılı bilgi için bkz. **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, *a.g.e.*, s. 99 vd.; **KAYAR**, *a.g.e.*, s. 211; **TANDOĞAN**, *a.g.e.*, s. 133; **YAVUZ**, (*Borçlar*), s. 131 vd.; **YAVUZ**, (*Sorumluluk*), s. 133 vd.; **ZEVKLİLER**, *a.g.e.*, s. 116.

²²⁹**HUBER**, *a.g.e.*, s. 271.

²³⁰**HUBER**, *a.g.e.*, s. 272.

²³¹Ayrıntılı bilgi için bkz. **HUBER**, *a.g.e.*, s. 272-274.

- Tartışmalı olmakla birlikte ifa imkansızlığı ve aşırı ifa güçlüğü hallerinin de bulunmaması gerekmektedir.²³²

B. AYNEN İFA TALEBİ

Yukarıda belirttiğimiz gibi alıcı bu hakkını, ifa talebi ile bağdaşmayan diğer taleplerde bulunmaması hâlinde kullanabilecektir. Sözleşmeden dönme, semenin indirilmesi, ifa menfaatine ilişkin olan tazminat talebi ifa talebi ile bağdaşmayan diğer talepler olup, aynen ifa ile birlikte talep edilmezken, alıcının bütünlük menfaatlerine ilişkin tazminat talebi ise ifa talebi ile birlikte söz konusu olabilecektir.²³³

Sözleşmenin 47. maddesine göre;

“(1) Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanyabilir.

(2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık hâlinde sahip olduğu hukuki imkanlardan hiç birisine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez.”

Alıcının aynen ifa talebinde bulunması için iki şart gerekmektedir. Öncelikle alıcının aynen ifa talebinde bulunabilmesi için, m. 28 gereğince, aynen ifa talebinin yapıldığı devletin iç hukukunun böyle bir talebe hükmedilebilecek olması gerekmektedir.²³⁴ İkinci olarak alıcının aynen ifa talebinde bulunması, bu hakkın, kullanmak istediği diğer haklar ile çelişmemesine bağlıdır.²³⁵ Örneğin ayıplı mal yerine ayıpsız malın tesliminin ifa edilmesini isteyen alıcı, zamanında teslim edilmeyen ayıpsız mal nedeniyle, bu geç teslimden doğan zararlarının tazmin edilmesini talep edebilir.

²³²VSS, ifa imkansızlığı ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin açık hükme yer vermemekle birlikte, m. 7/2’de, anlaşmada açık olarak düzenlenmemiş konulara ilişkin olan hususların anlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere dayanarak çözümleneceğini belirten hükme dayanarak, objektif imkansızlık hâlinde, satıcının yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınabileceği kabul edilmelidir. Bkz. **HUBER, a.g.e., s. 273-374.**

²³³**HUBER, a.g.e., s. 272.**

²³⁴**ERDEM, (VSS), s. 78.**

²³⁵**ERDEM, a.g.e., s. 77-78.** Örneğin alıcı, malın ayıplı olarak teslimi sebebiyle semenin indirilmesini veya sözleşmeden dönmeyi talep etmişse, artık aynen ifayı talep edemez. Ancak ayıplı mal sebebiyle uğradığı zararlar duruma göre tazmin edilebilir.

Alıcı satıcıya makul bir süre vererek aynen ifa talebinde bulunabilir. Madde yer alan 'tanıyabilir' ifadesinden, alıcının satıcıya ek süre vermek zorunda olmadığı anlamı çıkmaktadır. Alıcı, aynen ifanın gerçekleştirilmesi için ek süre verebileceği gibi, ek süre vermeksizin de aynen ifayı talep edebilir. Makul sürenin tayinin de, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar ve iyiniyet kuralları²³⁶ ile milletlerarası ticarete uygulanan teamüller, malın niteliği, taşıma biçimi ve süresi gibi somut olaydaki koşullar göz önünde bulundurulmalıdır.

Burada satıcıya ek süre verilmesi hâlinde, bu sürede borcun aynen ifa edilmemesi hâli sözleşmeye esaslı aykırılık olmasa dahi alıcıya sözleşmeden dönme imkanı vermesi açısından önemlidir.²³⁷

Alıcının aynen ifayı talep etmesi hâlinde, satıcı edimini başlangıçta yükümlendiği şekilde ifa etmek zorundadır.²³⁸

Türk hukukunda; aynen ifanın talep edilmesi hâlinde satıcıya ek süre vermek zorunlu iken, VSS kapsamındaki satışlarda aynen ifanın talep edilmesi hâlinde satıcıya ek süre verilmesi alıcının insiyatifindedir.

C. AYIPLI MALIN AYIPSIZ MİSLİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİ TALEBİ

Sözleşmenin 46/2. maddesine göre;

“Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması hâlinde ikame mal teslimini isteyebilir.”

Malın sözleşmeye uygun olmaması hâlinde, malın sözleşmeye uygun misliyle değiştirilmesinin talep edilmesi gerçekte aynen ifadan farklı değildir.²³⁹ Dolayısıyla aynen ifa için aranan iki şart burada da aranacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi sözleşmenin 28. maddesi, alıcının malın değiştirilmesi ve malı tamir taleplerinin VSS kapsamına girmeyen satım sözleşmelerinde, yani iç hukuka tabi sözleşmelerde uygulanabilir olması koşulunu ara-

²³⁶ERDEM, (VSS), s. 79.

²³⁷ERDEM, (VSS), s. 78.

²³⁸ERDEM, (VSS), s. 78.

²³⁹ERDEM, (VSS), s. 79; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, a.g.e., s. 103; SCHLECHTRIEM / BUTLER, a.g.e., s. 139.

mıştır. Şayet o ülke mevzuatına göre alıcıya, sözleşmeye aykırılık nedeniyle bu seçimlik haklar verilmiyorsa, alıcının milletlerarası satım sözleşmesinde de mahkeme bu hakları kullanmasına izin vermeyebilecektir.²⁴⁰

Alıcının malın değiştirilmesini talep edebilmesi için, aykırılık, sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte olmalıdır, aksi halde aykırılık esaslı nitelikte olmadığından, alıcı (sözleşmeden dönme dışındaki) diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir.²⁴¹ İhlalin esaslı olmasının aranması, VSS’de hakim olan sözleşmeyi ayakta tutma politikasının bir yansımasıdır.²⁴² İhlalin esaslı olmadığı hallerde malların tekrar taşınması, nakliye masrafları ile taşımadan kaynaklanan riskler gündeme geleceğinden, malların gereksiz yere nakledilmesinin önlenmesi ve sözleşmeyi ayakta tutmak amacıyla bu hakkın kullanılması esaslı ihlâl şartına bağlanmıştır.²⁴³

Esaslı aykırılığın ne şekilde tespit edileceği sözleşmenin 25. maddesinde belirtilmiştir. VSS’nin 25. maddesine göre;

“Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğer ki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.”

İkame mal talebinin makul sürede yapılması gerekmektedir. Tartışmalı olmakla birlikte makul sürenin 2 hafta ile 1 ay arasında bir süre olması gerektiği belirtilmektedir.²⁴⁴ Ayrıca alıcının ikame mal talebinde bulunması hâlinde, daha önce teslim edilen malları iade etmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, ikame malların teslimin masrafların kime ait olacağı açık olarak belirtilmese de, satıcının masraflara katlanması gerektiği kabul edilmektedir.²⁴⁵

Türk hukukunda malın değiştirilmesinin talep edilebilmesi için aykırılığın sözleşmeyi temelden sarsıcı yani esaslı olması gerekmeyip, önemli olması yeterli sayılmıştır.²⁴⁶ Ancak ayıplı malın ayıpsız misliyle değiştirilebilmesi

²⁴⁰ ACAR, *a.g.e.*, s. 42; ERDEM, (*VSS*), s. 78.

²⁴¹ ACAR, *a.g.e.*, s. 43; HUBER, *a.g.e.*, s. 274-275.

²⁴² HUBER, *a.g.e.*, s. 275.

²⁴³ HUBER, *a.g.e.*, s. 276.

²⁴⁴ Süreye ilişkin görüşler için bkz. HUBER, *a.g.e.*, s. 276.

²⁴⁵ HUBER, *a.g.e.*, s. 277.

²⁴⁶ ACAR, *a.g.e.*, s. 43.

için sözleşme konusu malın misli bir eşya olması gerekmektedir.²⁴⁷ Mesafeli olmayan satımlarda satıcı, malı ayıpsız misliyle değiştirmeyi teklif ederek alıcının seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.²⁴⁸

VSS'de, yukarıda belirttiğimiz hususlara ek olarak malın değiştirilmesini talep etme hakkına ilişkin bir düzenleme daha mevcuttur. VSS m. 82'ye göre, alıcının malları teslim aldığı andaki hâliyle iade edemeyecek olması hâlinde, malın değiştirilmesini talep etme hakkı düşer. Ancak sözleşme, bu duruma 82/2'de üç istisna getirmiştir. Malların teslim alındığı andaki hâlinde iade edilmesi mümkün olmamasına rağmen, aşağıdaki hallerde malın yenisiyle değiştirilmesi talep edilebilecektir;

- (a) Malların teslim alındığı andaki durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa,
- (b) Mallar veya malların bir bölümü m. 38 uyarınca yapılan muayene sonucunda zıya veya hasara uğramışsa,
- (c) Mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesinin gerektiği tarihten önce olağan biçimde satılmış, tüketilmiş veya şekil değiştirmişse,

Alıcı ikame mal talep etme hakkını kullanabilecektir.

D. ONARIM TALEBİ

Sözleşmenin 46/3. maddesine göre;

“Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilir; meğer ki tüm koşullar göz önüne alındığında bu, makul olmayan bir talep oluştursun. Onarım talebi ya 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde yöneltilmelidir.”

Buna göre, alıcının malın tamirini talep edebilmesi, yukarıda belirttiğimiz ifaya ilişkin genel şartlar yanında, bu isteğin somut olayda makul kar-

²⁴⁷ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 103; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 141; ZEVLİLER, *a.g.e.*, s. 120. Malın ayıpsız misliyle değiştirilmesinin istenebilmesi için malın misli bir mal olması gerektiği genel olarak kabul edilmesine karşılık, güven prensibinin izin verdiği surette ve satıcıdan beklenebilmesi hâlinde parça satımında da uygulanabileceğini ve malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesinin istenebileceğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bkz. YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 85.

²⁴⁸ Ancak bunun uygulanması için ifa mahallinde teslim şartıyla satış yapılması, satılanın misli mal olması, malın derhal değiştirilebilmesi ve alıcının ayıplı mal nedeniyle uğradığı zararların ödenmesi gerekmektedir. Bkz. TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 141.

şılanması şartına bağlanmıştır. Burada onarım için satıcının yapacağı masraf ve yaşayacağı güçlükler somut olay içerisinde değerlendirilerek makul olup olmadığı tespit edilmelidir.²⁴⁹

Onarım talebinin, ayıbın bildirilmesi sırasında veya bildirimden sonra makul bir süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Makul süreye ilişkin açıklamalara yukarıda yer verildiğinden burada tekrarlamayacağız.

Alıcının malın onarımını talep etmesi hâlinde onarım malın ayıplı parçalarının değiştirilmesi veya malın tamir edilmesi şeklinde yapılabilir.²⁵⁰

Türk hukukunda malın tamir edilmesi talebi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş, ancak TKHK'da bu hakka yer verilmiştir. Fakat bu kanunun tüketici niteliğine sahip olan yani malı özel amaçla kişisel kullanım için satın alan nihai tüketiciler için uygulandığını²⁵¹ gözden kaçırmamak gerekir.

E. SÖZLEŞMEDEN DÖNME

VSS'nin yaptırımlar sisteminde sözleşmeden dönme esasen son çare olarak öngörülmüştür.²⁵² Bu yaklaşım, 20. yüzyılda uluslararası alanda ve bir çok modern satım hukukunda, sözleşmeden dönmeyi sınırlayan eğilime de uygundur.²⁵³ VSS'de alıcının sözleşmeden dönme hakkı iki durumda öngörülmüştür. Sözleşmenin 49/1. maddesine göre;

“Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir;

- (a) Satıcının sözleşmeden veya bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya,*
- (b) Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa.”*

Buna göre alıcı, satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve bu durumun sözleşmeye esaslı aykırılık oluşturması hâlinde

²⁴⁹ HUBER, *a.g.e.*, s. 277-278.

²⁵⁰ HUBER, *a.g.e.*, s. 278.

²⁵¹ ZEVLİLER, *a.g.e.*, s. 121.

²⁵² HUBER, *a.g.e.*, s. 268.

²⁵³ HUBER, *a.g.e.*, s. 269.

veya m. 47/1 uyarınca satıcıya verdiği ek sürede malları teslim etmemesi hâlinde sözleşmeden dönebilir. 2. fıkrada ele alınan teslim etmeme durumunda aykırılık esaslı olmasa dahi, alıcının ek süre vermesi ve ek sürede teslim edilmemesi yahut teslim edilmeyeceğinin açıklanması ile aykırılık, esaslı aykırılık hâline gelmektedir.²⁵⁴ Ancak bu imkan yalnızca malın teslim edilmemesi ile sınırlı olup, malların teslim edilmemesi dışındaki hallerde ek süre verilerek aykırılığı esaslı aykırılık hâline getirme imkanı yoktur.²⁵⁵

Taraflar arasındaki sözleşmede hangi yükümlülüklerinin ihlâlinin esaslı aykırılık sayılacağı belirtilmiş olabilir. Bu durumda da tarafların belirledikleri yükümlülüklerin ihlâli sözleşmeden dönme hakkı verecektir.²⁵⁶

Tarafların esaslı aykırılığa ilişkin bir belirleme yapmamış olmaları hâlinde VSS'nin diğer hükümlerine başvurulabilir. Aykırılığın esaslı olup olmadığına tespitinde sözleşmenin 25. maddesi dikkate alınmaktadır.²⁵⁷ Buna göre taraflar arasındaki sözleşme gereğince diğer tarafın beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak nitelikte bir aykırılık bulunuyorsa bu aykırılık, 'esaslı' kabul edilmekte ve sözleşmeden dönme hakkı vermektedir. Aykırılık, sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte yani esaslı nitelikte değilse, alıcı yalnızca (malın değiştirilmesi dışındaki) diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir.²⁵⁸ Örneğin malın, satıcıya bildirilen özel kullanım amacına uygun olmaması hâlinde, aykırılığın esaslı olup olmadığına tespiti için, teslim edilen malların hâli hazırda özel kullanıma elverişli olup olmadığına bakılmalıdır.²⁵⁹ Burada ihlâl edilen yükümlülüğün, sözleşmenin objektif yorumu ile alıcı için önemi, alıcının sözleşme uyarınca bunu beklemekte ne derece haklı olduğu ve satıcının taahhüt ettiğiinden ne derece sapmış olduğu değerlendirilmelidir.²⁶⁰ Bunun dışında aykırılığın esaslı olup olmadığına tespitinde, maldaki aybın giderilebilir olup olmadığına da bakılabilir.²⁶¹

²⁵⁴ HUBER, *a.g.e.*, s. 278; SCHLECHTRIEM / BUTLER, *a.g.e.*, s. 143; Peter SCHLECHTRIEM, "Subsequent Performance and Delivery Deadlines – Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods", *Pace International Law Review*, S: 83-98, Issue No: 1, Spring 2006, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem8.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010, s. 87.

²⁵⁵ HUBER, *a.g.e.*, s. 279.

²⁵⁶ HUBER, *a.g.e.*, s. 280.

²⁵⁷ CISG m. 25 ile ilgili açıklama için bkz. 'Malın Değiştirilmesi Talebi'.

²⁵⁸ ACAR, *a.g.e.*, s. 43.

²⁵⁹ LEISINGER, *a.g.e.*, s. 130.

²⁶⁰ HUBER, *a.g.e.*, s. 280.

²⁶¹ Bkz. HUBER, *a.g.e.*, s. 280-281.

Türk hukukunda VSS'den farklı olarak, alıcının sözleşmeden dönmesi için aykırılığın esaslı olması gerekmeyip, önemli olması yeterlidir.²⁶² Ancak alıcının sözleşmeden dönmesi hakkaniyete aykırı olduğu için sözleşmeden dönme yerine semenin indirilmesine karar verilebilir. Fakat bu karar semenin tamamının indirilmesi gerekiyorsa, alıcı sözleşmeden dönebilecektir. BK 202'ye göre, alıcının semenin indirilmesi hakkını kullanmak istemesine rağmen, semenden indirilecek miktarın semen eşit olması hâlinde, hakim yalnızca sözleşmenin feshine hükmeder.²⁶³

VSS'de alıcının sözleşmeden dönme hakkını hangi hallerde kaybedeceği de belirtilmiştir. Sözleşmenin 49/2. maddesinin (b) bendine göre;

“Ancak, satıcının malları teslim ettiği hallerde alıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğer ki,

(b) Gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık hâlinde,

(i) Bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde,

(ii) Alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde, veya

(iii) Satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde

Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun.”

Buna göre alıcı, seçimlik hakkını sözleşmeden dönmeden yana kullanmışsa, bu durumu satıcıya makul süre içerisinde bildirmesi gerekmektedir. Buradaki ihbar, sözleşmeden dönmede geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.²⁶⁴

²⁶² ACAR, *a.g.e.*, s. 43.

²⁶³ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 99-101; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 135; ZEVLİLİLER, *a.g.e.*, s. 119. BK.'nın ilgili maddesinde geçen 'fesih' ibaresi, maddenin içeriği sözleşmeden dönmeyi işaret ettiği için yerinde bir kullanım olmamıştır. Zira fesih hâlinde sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkarken, dönme hâlinde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Bkz. YAVUZ, (*Borçlar*), s. 131.

²⁶⁴ ERDEM, (*VSS*), s. 81.

Ayrıca ihbarın, somut olaydaki koşullar dikkate alınarak 'makul' olarak nitelenebilecek bir sürede yapılması gerekir. Makul sürenin başlangıcı, sözleşmeye aykırılığı satıcının öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren başlar. Alıcı hem sözleşmeye aykırılığı, hem de sözleşmeden dönme iradesini ayrı ayrı yapabileceği gibi, her ikisini aynı anda da yapabilir. Ancak bu iki bildirim aynı süre içerisinde yapılmasının gerekip gerekmediği somut olaydaki koşullar dikkate alınarak iyiniyet kuralı çerçevesinde belirlenecektir.²⁶⁵ Bu durumda makul sürenin tespitinde olayın somut koşulları, ticari teamüller gibi hususlar belirleyici olacaktır.²⁶⁶

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için gereken bir diğer şart ise m. 80 uyarınca herhangi bir def'i bulunmamasıdır.²⁶⁷ Yani alıcı, satıcının yükümlülüklerini ifa etmemesine, ifa etmeme kendi eylem veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamayacaktır.

Sözleşmeden dönülmesi ile taraflar, karşılıklı olarak borçlarından kurtulurlar ve kısmen veya tamamen ifa edilmiş borçların da m. 81 uyarınca iadesi gerekir.²⁶⁸ Kural olarak sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için malların iadesi mümkün olmalıdır.²⁶⁹ Madde 82'ye göre, alıcının malları teslim aldığı andaki hâliyle iade edemeyecek olması hâlinde sözleşmeden dönme hakkı düşecektir. Ancak sözleşme, bu duruma 82/2'de üç istisna getirmiştir. Malların teslim alındığı andaki hâlinde iade edilmesi mümkün olmamasına rağmen, aşağıdaki hallerde sözleşmeden dönülebilecektir;

(a) Malların teslim alındığı andaki durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa,

(b) Mallar veya malların bir bölümü m. 38 uyarınca yapılan muayene sonucunda zıya veya hasara uğramışsa,

(c) Mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesinin gerektiği tarihten önce olağan biçimde satılmış, tüketilmiş veya şekil değiştirmişse,

Alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

²⁶⁵ ACAR, *a.g.e.*, s. 44.

²⁶⁶ ACAR, *a.g.e.*, s. 44.

²⁶⁷ HUBER, *a.g.e.*, s. 278.

²⁶⁸ ACAR, *a.g.e.*, s. 45.

²⁶⁹ HUBER, *a.g.e.*, s. 279.

Sözleşmeden dönülmesi hâlinde satıcının da almış olduğu semeni iade etmesi gerekir. Madde 84/1'e göre satıcı semeni iade ederken faiziyle birlikte geri vermek zorundadır. Alıcı da, m. 84/2'ye göre, alıcıya malları iade ederken elde ettiği menfaatleri de iade etmek zorundadır.

Malların henüz teslim edilmemiş olması hâlinde, alıcının sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanması, alıcıya malları teslim almaktan kaçınma hakkı vermemektedir.²⁷⁰ Ancak alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, sözleşmeden döndüğünde henüz teslim edilmemiş olan malları teslim almaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır.²⁷¹

Türk hukukunda da buna paralel olarak, sözleşmeden dönülmesi hâlinde alıcı, satılan malı ve ondan elde ettiği menfaatleri iade ederken, satıcı da faiziyle birlikte semeni iade etmekle yükümlüdür.²⁷²

F. SEMENİN İNDİRİLMESİ

Sözleşmenin 50. maddesine göre;

“Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semen ödenmiş olsun veya olmasın alıcı semeni, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir. Ancak satıcı 37. veya 48. maddeler uyarınca yükümlülüklerinin ifasındaki bütün eksiklikleri giderirse veya alıcı, satıcının bu maddelere uygun olarak yaptığı ifayı red ederse, alıcı semeni indiremez.”

Buna göre alıcı, ayıplı mal sebebiyle semenin indirilmesini talep edebilir. Ancak alıcının bu hakkı iki açıdan kısıtlanmıştır;²⁷³

- Satıcının m. 37 veya m. 48'e uygun biçimde ayıbı gidermesi hâlinde veya
- Satıcının bu maddeye uygun olarak yaptığı teklifinin alıcı tarafından reddedilmesi hâlinde,

Alıcı artık semenin indirilmesini talep edemeyecektir. Bu hüküm, alıcının onarım hakkının, semenin tenziline nazaran öncelikli olduğunu göstermektedir.²⁷⁴

²⁷⁰SCHLECHTRIEM, *a.g.e.*, s. 91.

²⁷¹SCHLECHTRIEM, *a.g.e.*, s. 91-92.

²⁷²HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, *a.g.e.*, s. 99-101; KAYAR, *a.g.e.*, s. 211; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 136; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 74 vd.; ZEVKLİLER, *a.g.e.*, s. 116.

²⁷³ERDEM, (*VSS*), s. 80.

²⁷⁴HUBER, *a.g.e.*, s. 285.

Alıcının seçimlik haklarından semenin indirilmesini tercih etmesi hâlinde, indirimin nasıl belirleneceğine ilişkin bir hükme sözleşmede yer verilmemiştir. Ancak sözleşmede açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen, malın teslim edildiği yerdeki değer esas alınması gerektiği kabul edilmektedir.²⁷⁵

Türk hukukunda da BK m . 202'ye göre malın ayıplı olması hâlinde alıcı semenin indirilmesini talep edebilir. Hatta alıcının seçimlik haklarından sözleşmeyi dönmeyi istemesine rağmen, hakim yalnızca semenin indirilmesine karar verebilir. Burada hakim, sözleşmeden dönülmesi hâlinde alıcının elde edeceği menfaatin azlığı ve satıcının uğrayacağı zararın fazlalığı karşısında hakkaniyet gerektiriyorsa sözleşmeden dönme yerine semenin indirilmesine karar verecektir.²⁷⁶

G. TAZMİNAT TALEBİ

Sözleşmenin 74. maddesine göre;

“Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli hâlinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği zararı aşamaz.”

Buna göre alıcı, sözleşmeye aykırılık sebebiyle uğradığı müspet zararları talep edebileceği gibi, menfi zararların da tazmin edilmesini talep edebilecektir.

VSS m. 75'te ise sözleşmeden dönme halinde tazmin edilecek zararlar düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden dönmeden itibaren makul sürede alıcının ikame mal alması veya satıcının mallarını yeniden satması hâlinde, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebilecektir. Bu hükümde, alıcının, taraflar arasındaki sözleşmeye göre ödemesi gereken bedelin, fiilen aldığı mal için ödediği bedelden daha fazla olduğu varsayılmıştır.²⁷⁷ Dolayısıyla fiilen aldığı mal için ödediği bedel, sözleşmede kararlaştırılan bedele eşit veya bu bedelden düşük ise bu hükmün uygulanması anlamlı olmayacaktır.

²⁷⁵Bkz. ERDEM, (VSS), s. 80.

²⁷⁶HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, a.g.e., s. 101; TANDOĞAN, a.g.e., s. 135; YAVUZ, (Borçlar), s. 143 vd.; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 118.

²⁷⁷ACAR, a.g.e., s. 44.

Alıcının seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde alıcı ikame alış yapmamış olsa dahi hem m. 74'e göre, hem de m. 76 uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir. VSS m. 76/1'e göre;

“Sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, 75. madde yarıncı ikame alış veya satış yapmamış olsa da, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir. Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine devralma anındaki cari fiyat uygulanır.”

Cari fiyatın ne şekilde belirleneceği de m. 76/2'de belirtilmiştir. Buna göre cari fiyat, malların teslim edilmesi gereken yerde geçerli olan fiyattır. Ancak malların teslim edilmesi gereken yerde bir cari fiyat yoksa, makul ikame yeri kabul edilebilen diğer yerdeki fiyat esas alınacaktır. Bu hüküm özellikle, ‘makul ikame yeri kabul edilebilen diğer yerlerin’ ne şekilde tespit edileceği konusunda tereddüt yaratabilecek, dolayısıyla uygulamada farklı kararların önünü açabilecek bir maddedir.

Tazminatın hesaplamasında VSS'nin 77. maddesi dikkate alınarak, alıcının zararı azaltmak için gerekli önlemleri almaması hâlinde satıcı, tazminat- tan indirim yapılmasını isteyebilecektir.

Türk hukukunda BK 205 uyarınca satıcı, satılan için alıcının yaptığı masraflar ile alıcının ayıplı mal teslimi sebebiyle uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır.²⁷⁸ Satıcı, malın ayıplı olarak tesliminden dolayı alıcının doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da kusurlu olmasa dahi tazmin etmek zorundadır.²⁷⁹ Ayrıca ayıplı mal nedeniyle uğradığı dolaylı zararları da isteyebilir.²⁸⁰ Ancak ayıplı malın teslim edilmesinde kusuru olmadığını ispatlaması hâlinde tazminat ödemekten kurtulur.²⁸¹

SONUÇ

VSS'de ‘sözleşmeye uygunluk’ başlığı altında ele alınan satıcının ayıba karşı tekeffül borcu oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Taraflar arasın-

²⁷⁸ KAYAR, *a.g.e.*, s. 211; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 137; ZEVLİLİLER, *a.g.e.*, s. 117.

²⁷⁹ TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 133; ZEVLİLİLER, *a.g.e.*, s. 117.

²⁸⁰ TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 137; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 79; ZEVLİLİLER, *a.g.e.*, s. 117.

²⁸¹ KAYAR, *a.g.e.*, s. 211; YAVUZ / ÖZEN / ACAR, *a.g.e.*, s. 79; TANDOĞAN, *a.g.e.*, s. 137.

daki satım sözleşmesinin konusu olan malın ayıplı olması hâlinde satıcının sorumluluğu doğacak ve alıcı, VSS'de kendisine tanınan seçimlik haklarını kullanabilecektir. Böylece, ayıplı mal sebebiyle alıcı ve satıcının edimleri arasında ortaya çıkan dengesizlik mümkün olduğu ölçüde giderilmeye çalışılacaktır.

VSS'de iç hukuklardan farklı olarak, ayıba karşı tekeffül hükümleri alıcı ve satıcının menfaatlerini dengeleyecek bir sisteme oturtulmuştur. Zira milletlerarası ticarete, iç hukuklardan farklı olarak korunmaya muhtaç zayıf âkit taraf olmadığından, VSS her iki tarafa da eşit mesafe durmuştur.

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen maddelerin bir kısmı oldukça dengeli olmasına rağmen, bazı konularda VSS'nin getirdiği düzenlemeler eleştirilmektedir. Örneğin malın sözleşmeye uygun olmaması hâlinde alıcının haklarını VSS'ye paralel şekilde düzenlemeyen ülkelerde ne olacağı meçhuldür. Özellikle malın ayıplı olması hâlinde alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için öngörülen muayene ve ihbar külfetlerinin VSS'ye taraf ülkelerde problem yarattığı bilinmektedir.²⁸² Bu hususlar dışarıda bırakılacak olursa, genel hatlarıyla bakıldığında, ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin düzenlenmesinde modern hukuk sistemlerinde benimsenen unsurların dikkate alındığı belirtilmektedir.

²⁸²VSS m. 38 ve m. 39'a ilişkin olarak taraf ülkelerde açılan bazı davalar için bkz. **CISG Advisory Council**, Opinion, No: 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39*, 7 June 2004, Raporteur: Eric E. Bergsten, Pace University School of Law, New York. Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html#1>, Erişim Tarihi: 16.12.2010.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Tezler

- ACAR, Hakan:** “1980 Tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonu’nda Ayıba Karşı Tekeffül”, S: 25-50, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Yıl: 2007.
- ARBEK, Ömer:** *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Ankara, 2005.
- ATAMER, Yeşim M. :** *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırı Sonuçları*, İstanbul, 2005.
- ATAMER, Yeşim M. (Ed.) :** *Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, İstanbul, 2008.
- BIANCA, Cesare Massimo :** “Article 35”, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, S: 268-283, Milan, 1987, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb35.html>, Erişim Tarihi: 16.12.2010. (*Art. 35*)
- BIANCA, Cesare Massimo :** “Article 36”, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, S: 284-289, Milan, 1987, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb36.html>, Erişim Tarihi: 16.12.2010. (*Art. 36*)
- CISG Advisory Council (CISG-AC) :** Opinion No: 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39*, 7 June 2004, Raporteur: Eric E. Bergsten, Pace University School of Law, New York. Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html#1>, Erişim Tarihi: 16.12.2010. (*Opinion No: 2*)
- ERDEM, Ercüment :** “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, BATİDER, S: 35-105, C. XVI, Sayı: 3. (*VSS*)
- ERDEM, Ercüment:** “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler

Antlaşması (CISG), Ed: Yeşim M. ATAMER, S: 105-162, İstanbul, 2008. (*Teslim*)

FLECHTNER, Harry M. : “*Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi*”, Çev. Zeynep ERVERDİ, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Ed: Yeşim M. ATAMER, S: 163-192, İstanbul, 2008.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 2008.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir : *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992.

HENSCHEL, René Franz : “*Interpreting or Supplementing Article 35 of the CISG by Using UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*”, November 2004, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010. (*Interpreting*)

HENSCHEL, René Franz : “*Conformity of Goods in International Sales Governed By CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules*”, Nordic Journal of Commercial Law, Vol. 2004/1, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel2.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010.(*Art. 35*)

HUBER, Peter : “*CISG – Sözleşmeye Aykırılık Hâlinde Alıcının Hakları*”, Çev. Başak BAŞOĞLU, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Ed: Yeşim M. ATAMER, S: 267-285, İstanbul, 2008.

KAYAR, İsmail : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Ankara, 2004.

KRUISINGA, Sonja : *Non-Conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Uniform Concept?*, New York, 2004.

- LEISINGER, Benjamin K.** : *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, June 2007.
- MALEY, Kristian**: “*The Limits to the Conformity of Goods in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*”, *International Trade&Busiess Law Review*, S: 82-126, 2009, Erişim Adresi: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/maley.html#4>, Erişim Tarihi: 18.12.2010.
- NEUMANN, Thomas** : “*Features of Article 35 in the Vienna Convention; Equivalence, Burden of Proof and Awareness*”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, S: 81-97, 2007, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/neumann.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010.
- ÖZDEMİR, Hakan** : “*Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Çerçevesinde Uluslararası Ticari Satımlarda Malların Sözleşmeye Uygunluğu*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- SCHLECHTRIEM, Peter** : “*Subsequent Performance and Delivery Deadlines – Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods*”, *Pace International Law Review*, S: 83-98, Issue No: 1, Spring 2006, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem8.html>, Erişim Tarihi: 17.12.2010.
- SCHLECHTRIEM, Peter / BUTLER, Petra**: *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin Heidelberg, 2009.
- SONO, Kazuaki** : “*Article 39*”, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, S: 303-313, Milan, 1987, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono-bb39.html>, Erişim Tarihi: 16.12.2010.
- ŞAHİNİZ, Salih** : *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Ankara, 2008.
- UNCITRAL** : *Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, New York, 2008.

- VINCZE, Andrea** : “*Conformity of Goods under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Overview of CIETAC’s Practice*”, Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, S: 552-581, Ed: Camilla B. Andersen / Ulrich G. Schroeters, Wildy, 2008, Erişim Adresi: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vincze3.html>, Erişim Tarihi: 18.12.2010.
- YAVUZ, Cevdet / ÖZEN, Burak / ACAR, Faruk** : *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, 2008.
- YAVUZ, Cevdet** : *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul, 1989. (*Sorumluluk*)
- YAVUZ, Cevdet** : *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, 2002. (*Borçlar*)
- ZEVKLİLER, Aydın** : *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı, Ankara, 2002.

Çevrimiçi Kaynaklar

www.cisg.law.pace.edu,

www.mevzuat.adalet.gov.tr,

BOŞ

**PROTECTION OF WOMEN WORKERS IN PREGNANCY
AND MATERNITY STATUS IN THE CONTEXT OF COUNCIL
DIRECTIVE 92/85/EEC OF 19 OCTOBER 1992**

İstar (URHANOĞLU) CENGİZ*

**AVRUPA BİRLİĞİNİN 19 EKİM 1992 TARİHLİ VE 92/85/EEC SAYILI
YÖNERGESİ BAĞLAMINDA KADIN İŞÇİLERİN HAMİLELİK VE
ANALIK DURUMLARINDA KORUNMASI**

ÖZET

Hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin özel risk tehdidi altında bir grup olarak değerlendirilmesinin bir sonucu olarak, kadın işçinin “hamilelik ve analık” durumu ifadesinin, hamile işçi kadın ile yeni doğum yapmış emzikli işçi kadın ve emzirme dönemini tamamlamış küçük çocuklu işçi kadını kapsadığı söylenebilecektir.

Hamilelik ve analık durumunda kadın işçinin korunması sadece iş sözleşmesinin kurulması aşamasında değil, iş sözleşmesi devam ederken uygulanması gereken çalışma koşullarında ve iş sözleşmesinin sona ermesinde de kendisini göstermektedir.

Çalışmamız, Avrupa Birliğinin konu hakkındaki düzenlemeleri bağlamında, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının incelenmesi, yeri geldikçe Türk Hukukundaki durumun teorik ve yargı kararları şeklinde belirtilmesinden oluşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kadın İşçiler, Kadın İşçilerin Korunması, Kadın İşçilerin Hamilelik Durumu, Kadın İşçilerin Analık Durumu

ABSTRACT

As a result of considering pregnant workers, workers who have recently given birth or are breastfeeding as a special risk threat group, it can be argued that “pregnancy and nursing” status expression covers pregnant worker, worker who has recently given birth or breastfeeding and worker with small child who has recently completed breastfeeding period.

Protection of woman worker in pregnancy and nursing status applies not only in terms of establishing labor contract but also in terms of working conditions

* Assist. Prof., University of Kırıkkale, Law Faculty, Labour Law and Social Security Law Department (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), istar06@hotmail.com , istar@kku.edu.tr

required to have during implementation of labor contract and of termination of the labor contract.

Our paper comprises analyses of the decisions of European Court of Justice within the framework of European regulations on the matter and description of the situation in Turkish Law in places in terms of theory and case law.

Key Words: *Women Workers, Protection of Women Workers, Women Workers in Pregnancy Status, Women Workers in Maternity Status*

1. Introduction

In principle, protection of workers during pregnancy and nursing periods need to be evaluated within the scope of equal treatment obligation of the employer¹.

In this context, direct and indirect discrimination concepts should primarily be clarified. Article 2 of Council Directive 76/207/EEC on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions amended with Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council defines principle of equal treatment as absence of any discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status and refers to direct and indirect discrimination concepts². With reference to this, direct discrimination means treating a person on grounds of sex less favorably than the respective person was or would be treated in a comparable situation³. Indirect discrimination becomes the case where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex (*unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary*)⁴.

¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.535.

² <http://eur-lex.europa.eu>, 25.11.2008.

³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.537.

⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.537 ; DOĞAN YENİSEY, Eşit Davranma İlkesi, s.992.

As a result of considering pregnant workers, workers who have recently given birth or are breastfeeding as a special risk threat group, Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding was adapted in 19 October 1992⁵. The first obligation brought for the employer is to inform pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding about the risks that the might be imposed and the measures to be taken against respective risks (art.6) Furthermore, article 7 introduces obligations for Member States to take the necessary measures to ensure that pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding are not obliged to perform night work during their pregnancy and for a period following childbirth.

Pursuant to Article 88 of Turkish Labour Code no.4857 titled “*Regulation for pregnant or breastfeeding women*”, “*Regulation on Working Conditions of Pregnant or Breastfeeding Women, Nursing Rooms and Child Care Nurseries*” was enacted⁶ Article 5 of said Regulation titled “*General Assessment*” assesses impacts of chemical, physical and biological agents and industrial processes on safety and health of pregnant workers and workers who have recently delivered birth or are breastfeeding and introduces measures to be taken. Article 6 of the same Regulation titled “*Special Risks*” describes special risks and measures to be taken against respective risks together with the general measures to be taken at the end of assessing impacts of chemical, physical and biological agents and industrial processes on safety and health of pregnant workers and workers who have recently delivered birth or are breastfeeding and Articles 7 and 8 of the Regulation specifies “*Assessment*” process and defines measures to be taken by the employer according to conclusions of said assessment.

2. Protection of Pregnancy and Maternity Status on Labour Contract of the Women Workers

Provisions of Council Directive 92/85/EEC adopted to bring special protection for the women workers in European Union level during their pregnancy and nursing periods are considered important especially in regards to time off for ante-natal examinations, changing the work of the pregnant woman, maternity leave and prohibition of dismissal.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu>, 25.11.2008.

⁶ RG 14.07.2004, 25522 ; <http://ab.calisma.gov.tr/>, 26.11.2008.

Article 2 of Council Directive 92/85/EEC titled “*Definitions*” defines “*pregnant worker*” means a pregnant worker who informs her employer of her condition, in accordance with national legislation and/or national practice (art.2/a); worker who has recently given birth means a worker who has recently given birth within the meaning of national legislation and/or national practice and who informs her employer of her condition, in accordance with that legislation and/or practice (art.2/b) and worker who is breastfeeding means a worker who is breastfeeding within the meaning of national legislation and/or national practice and who informs her employer of her condition, in accordance with that legislation and/or practice (art.2/c). According to the Directive, pregnancy period covers the period from time of detection of the situation to time of delivering birth. Maternity period covers confinement and breastfeeding periods and other times spent for growing and caring the child.

Turkish Labour Code no. 4857 does not include any definitive provision in regard to pregnancy, maternity and breastfeeding periods of women workers. On the other hand, the Regulation defines “*pregnant worker*” means pregnant worker proving her condition with any document or written instrument to be received from any healthcare organization; “*worker who has recently delivered birth*” means a worker who has recently delivered birth and informs her employer of her condition, “*breastfeeding worker*” means a worker who breastfeeds her 0- 1 year old child and informs her employer of her condition (art.4).

Then, it can be argued that “*pregnancy and maternity*” status expression covers pregnant worker, worker who has recently delivered birth and are breastfeeding and woman worker with small child who has completed breastfeeding period⁷.

1.1. Protection of Pregnancy and Maternity Status of a Women Workers in Establishing Labour Agreement

Discrimination in establishment of labour agreement may appear in form of total prohibition of several job types to women or not being preferred for respective jobs.

⁷ KAPLAN-SENYEN, *Hamilelik ve Analık*, s.69, 94 ; ONARAN YÜKSEL, s.231, 250 ; ALTAN, s.159-160 ; OZANOĞLU, s.3.

Council Directive 76/207/EEC prohibits direct or indirect discrimination on grounds of sex in employment or promotion to a particular assignment regardless of the sector or activity field (art.3/1).

Job postings limiting eligibility with the men only, criteria used for employment, questions asked during employment interviews may constitute direct or indirect discrimination. Article 76/207/EEC prohibits asking questions about marital status and family status of the individual (art.2/1). To this effect, requirement for the candidate to answer the questions raised during employment negotiations creates another aspect of the subject⁸.

Under Turkish Law, there is no regulation concerning equal treatment obligation of the employer during establishment of working relationship; however, Article 10 and 70 in the Constitution states equality of woman and man in employment opportunity in public services. The same issue is emphasized further in Convention No.111 “*Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*” of International Labour Organization that was also ratified by Turkey (art.11/b). The provision of the article regulates right to access the same employment opportunities and the right to free choice of profession and employment as well as application of the same criteria for selection in matters of employment for women and men.

Article 5/III of Labour Code no.4857 reads: “..... *the employer shall not make any discrimination, either directly or indirectly, against an employee in conclusion, ... of her employment contract due to the gender or pregnancy*”.

Respective provision reminds whether the employer has the obligation for equal treatment in employment.

In accordance with the opinion we also agree, it is claimed that the employer has the obligation for equal treatment in establishing labour agreement based on the working of Article 5/III in Turkish Labour Code reading: “..... *the employer shall not make any discrimination, either directly or indirectly, against an employee in conclusion, ... of her employment contract due to the gender or pregnancy*”. Pursuant to this provision clearly regulating prohibition of discrimination in employment, the employer shall not refrain from concluding labour agreement just because of pregnancy of the candidate

⁸ ONARAN YÜKSEL, s.153.

unless it is justified with the nature of the work⁹. Even though art.5/VI uses the expression “*in execution and termination of employment relationship*” in regulation of discrimination compensation, respective expression does not necessarily mean that the employer does not have obligation during establishment of employment agreement. The fact that Labour Code does not propose a special sanction for the acts contradicting with prohibition of discrimination during establishment of employment agreement does not necessarily mean that the employer does not have such an obligation. Discrimination compensation cannot be imposed against the employer acting in breach of prohibition of discrimination during establishment of employment relationship; however, the act may be subjected to compensation according to general provisions through evaluation of said act within the framework of “*culpa in contrahendo*”¹⁰.

It is very common in practical business life that an employer directs questions asking the candidate whether she is pregnant or plans to get pregnant. To our opinion, if the nature of the job justifies directing the woman worker such a question, then, the question must be answered correctly; otherwise, such a question will outrage the principle of confidentiality of the private life secured under article 20 of the Constitution¹¹ After Turkey ratified the convention for “*Avoidance of All Kinds of Discrimination Against Women*”, there are authors stating questions about pregnancy of a woman worker should be considered invalid as such questions will create gender discrimination unless it is required due to the nature and/or conditions of the work¹². In this context, it is not legal asking the candidate provide a certificate or report proving pregnancy test result.

To our opinion, it must be clarified as a rule that woman worker is not obliged to answer the questions not related with the workplace or the job; however, the woman worker must be considered obliged for answering respective questions if she cannot perform the work undertaken or the nature of the work is not suitable for the pregnancy¹³.

⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.546-547.

¹⁰ DOĞAN YENİSEY, Kadın Erkek Eşitliği, s.69 ; ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.145 ; ERTÖRK, s.163 ; ONARAN YÖKSEL, s.334.

¹¹ EYRENCİ, s.253-255 ; TAŞKENT, s.179-180 ; ONARAN YÖKSEL, s.158-159 ; SÖZER, s.1050-1052 ; AKYİĞİT, s.44.

¹² EYRENCİ, s.254-255.

¹³ TAŞKENT, s.179-180 ; EYRENCİ, s.253-255 ; ONARAN YÖKSEL, s.158-159 ; SÖZER,

In the event that the pregnancy of woman worker comes out after establishing employment relationship between the parties, the employer cannot terminate employment agreement claiming that he/she would not have established if he/she had known about pregnancy of the worker before establishing employment contract provided that the non- pregnancy is an inevitable condition for fulfillment of the work or the employer cannot cancel the agreement based on Codes of Obligations claiming to have made a significant error in essentials of the contract¹⁴.

In its verdict awarded for a case in 1991 (In Case C-177/88)¹⁵, European Court of Justice considered non-employment of a woman worker due to her pregnancy as discrimination. According to the Court, woman worker is not obliged to tell the employer that she is pregnant during work interview. If the woman worker is considered to have an obligation for informing the employer about her pregnancy, then, the guarantee for prohibition of dismissal introduced with article 10 of Council Directive 92/85/EEC will remain meaningless¹⁶.

1.2. Protection of Pregnancy and Maternity Status of Women Workers on Working Conditions

1.2.1 In General

As also given in justification of article 5 of Turkish Labour Code no.4857, equal treatment obligation of the employer resulting from employment agreement is based on Article 10 in 1982 Constitution. Pursuant to respective provision, employers cannot make any discrimination due to gender or pregnancy of the gender and they cannot make discrimination in remuneration and working conditions during validity of employment contract (Labour Code art.5/III). The provision of the article also identifies the cases justifying the reasons for acting in contradiction with prohibition of discrimination or equal treatment obligation of the employer. These are biological reasons or reasons associated with the nature of the agreement. In the event that abovementioned reasons do exist and they necessitate discrimination, the behavior and action of the employer shall not contradict with obligation for equal treatment or it shall not be construed as discrimination.

s.1050-1052 ; AKYIĞIT, s. 44 ; ERTÜRK, s.160.

¹⁴ ONARAN YÜKSEL, s.162-163 ; ERTÜRK, s.161.

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/25.11.2008>.

¹⁶ In Case C-109/00 (<http://curia.europa.eu/25.11.2008>).

1.2.2 Time-off for ante-natal examinations

Article 74/III of Turkish Labour Code no.4857 and article 12 of said Regulation regulates giving pregnant workers time off without any loss of pay to attend periodic ante-natal examinations pay during their pregnancy. Said provisions aim to protect life and health of the woman worker and the baby expected.

According to Council Directive 92/85/EEC, Member States shall take the necessary measures to ensure that pregnant workers are entitled to, in accordance with national legislation and/or practice, time off, without loss of pay, in order to attend ante-natal examinations, if such examinations have to take place during working hours (art.9).

1.2.3 Maternity leave

Article 74 of Turkish Labour Code titled “Working during maternity and breastfeeding leave reads: *“In principle female employees must not be engaged in work for a total period of sixteen weeks, eight weeks before confinement and eight weeks after confinement. In case of multiple pregnancy, an extra two week period shall be added to the eight weeks before confinement during which female employees must not work. However, a female employee whose health condition is suitable as approved by a physician’s certificate may work at the establishment if she so wishes up until the three weeks before delivery. In this case the time during which she has worked shall be added to the time period allowed to her after confinement.*

The time periods mentioned above may be increased before and after confinement if deemed necessary in view of the female employee’s health and the nature of her work. The increased time increments shall be indicated in the physician’s report.”.

Maternity leave for sixteen weeks arranged as a right from the perspective of woman worker means a prohibition for the employer. That is because compelling a pregnant worker or worker who has recently delivered birth to work constitutes contradiction with respective prohibition. Furthermore, respective periods may be increased via collective labour agreements and labour agreements¹⁷.

Article 74 remains under Chapter 4 titled “Organization of the Work” of Turkish Labour Code no.4857. However, the basic purpose of the article

¹⁷ TULUKÇU, s.1352.

is to protect the women more than organization of the work. To this effect, the article has a constitutional ground and the principle of public interest is dominant for the aspects of said article¹⁸.

Council Directive 92/85/EEC introduces an important obligation for the employer in regard to maternity leave. Pursuant to Article 8 of the said Directive, Member States shall take the necessary measures to ensure that workers within the meaning of Article 2 are entitled to a continuous period of maternity leave of a least 14 weeks allocated before and/or after confinement in accordance with national legislation and/or practice. The maternity leave stipulated must include compulsory maternity leave of at least two weeks allocated before and/or after confinement (art.8/2).

The regulations in Article 74 of Turkish are in compliance with Council Directive 92/85/EEC in terms of duration of maternity leave. However, the Directive grants respective right for both female and male workers and male and female workers dealing with adoption process are also entitled to use the same maternity leave right. Called “*parental leave*” in European Justice System¹⁹, this right covers the right of leave for women and men to provide care for their child in the event they become parents through birth or adoption²⁰.

Turkish Law does not include any regulation concerning provision of right of maternity leave for male worker in case of being a parent through birth or adoption.

According to the Directive, a woman worker on maternity leave shall be entitled to return to her same job, to start a new job which shall not be less favorable than her former job and to benefit from all improvements created during her absence (art.2/7). Turkish Law does not include any regulating for returning to her same job, starting a new job which shall not be less favorable than her former job or benefiting from all improvements created during her absence. Therefore, there is non-compliance between the provisions of the Council Directive and Turkish Law in this regard. However, in its recent verdict, Court of Cassation²¹ has decided the women workers have the right

¹⁸ ÇENBERCİ, s.947.

¹⁹ KÖKKILIÇ ERALTUĞ, s.111-132.

²⁰ KÖKKILIÇ ERALTUĞ, s.112, 129.

²¹ Court of Cassation, Division No 9, Date: 23.06.2008, Basic No: 2007/ 41015, Verdict No: 2008/ 17093.

to return to her same job, start a new job which shall not be less favorable than her former job or benefit from all improvements created during her absence at the end of maternity leave. Respective verdict overlaps with European Union regulations and regulations in Turkish Labour Law concerning protection of woman worker in her pregnancy and maternity status.

According to Article 74 of Turkish Labour Code, in case of a premature birth, the portion of leave left from pre-natal period should be added to the confinement portion of the maternity leave as respective 16 weeks maternity leave period is a protection. In case of stillbirth or death of the baby soon after the delivery, 8 weeks post-natal part of the maternity leave cannot be shortened. Furthermore, respective period can even be prolonged with the physician's report according to wording of Article 74 in Turkish Labour Code.

Article 74/III of Turkish Labour Code no. 4857 clearly regulates provision of pregnant workers time off without any loss of pay to attend periodic ante-natal examinations pay during their pregnancy. On the other hand, pursuant to the regulation in article 25/I of Turkish Labour Code, woman worker will not be entitled for the salary during 16 weeks maternity leave given as a protection right²². Instead, the respective woman worker will be paid temporary disability pay during maternity period as per article Law No.5510.

In European Law, all rights of the pregnant worker excluding the salary are maintained during maternity period. In fact European Court of Justice considered deprivation of pregnant worker from particular rights within framework of Council Directive 76/207/EEC as discrimination long before clear regulation introduced with Council Directive 92/85/EEC. In a verdict awarded by European Court of Justice²³, the Court stated that the period spent in maternity leave is not taken into consideration in efficiency evaluation of the woman worker as maternity leave is considered as absence creating a discrimination against the pregnant worker. Reasoning that pregnancy status of the worker cannot be compared with another person, the Court stated that woman worker having a valid employment agreement during maternity leave should benefit from the working conditions resulting employment relationship of the staid woman worker and applicable for both genders.

²² SÖZER, s.1061 ; TULUKÇU, s.1359-1360.

²³ In Case C-136/95 (<http://eurlex.europa.eu/>, 28.11.2008).

In this case, the Court considered that said woman worker would have benefited from efficiency assessment if she had not been pregnant and left for maternity leave.

It is needed to emphasize that article 55 of Labour Code no.4857 stipulates that absent days woman worker during maternity leave before and after the delivery as per article 74 of the same Law are listed in list of circumstances where the worker is considered to have worked when calculating annual paid leave right of the same worker (article 55/b of Labour Agreement).

1.2.4 Right of Unpaid Leave

The right of unpaid leave at the end of 8 weeks post-natal period during which it is forbidden to compel woman worker for working is regulated in article 74/V of Labour Code. Respective provision reads: *“If the female employee so wishes, she shall be granted an unpaid leave of up to six months after the expiry of the sixteen weeks, or in the case multiple pregnancy, after the expiry of the eighteen weeks indicated above. This period shall not be considered in determining the employee’s one year of service for entitlement to annual leave with pay.* Such leave is given upon request of the woman worker. Furthermore, no social insurance premium can be claimed from the woman worker as no wage/salary is paid during respective period.

As one will see, this regulation intends to provide mother more time and opportunity to be with her baby in a period where the baby is in need of tenderness and care of the mother. However, as mentioned before, such leave is given upon request of the woman worker. This period shall not be considered in determining the employee’s one year of service for entitlement to annual leave with pay (article 70/IV of Labour Code). That is this period is not considered as the days worked.

1.2.5 Time off for breastfeeding

Woman worker who is breastfeeding refers to the woman worker who starts working at the end of 8 weeks postnatal period or who breastfeeds her 0- 1 age child and informs her employer of her situation. Pursuant to article last paragraph of article 74 of Labour Code, the employer is obliged to give time off for breastfeeding in particular hours of the day for the women who are breastfeeding for the good health of the children. Respective provision reads: *“Female employees shall be allowed a total of one and a half hour*

time off for breastfeeding in order to enable them to feed their children below the age of one. The employee shall decide herself the time and frequency she will use this leave. The length of time off for breastfeeding shall be treated as part of the daily working. Time.”. The time off spent by woman workers for breastfeeding their baby is considered within working time according to article 66/e of Labour Code.

The Employer should provide respective permission to woman worker in the event she cannot breastfeed her baby due to any reason. The essence of regulating such an issue is to provide the mother an opportunity for dealing with and caring her baby more closely.

1.2.6 Obligation of employer for assigning lighter works for pregnant worker and worker who has recently delivered birth and is breastfeeding

According to Labour Code no.4857, the pregnant employee may be assigned to lighter duties if deemed necessary in the physician’s report (art.74/IV).

According to the provision of Council Directive 92/85/EEC, The measures referred to in paragraph 1 must entail the possibility, in accordance with national legislation and/or national practice, of transfer to daytime work; or leave from work or extension of maternity leave where such a transfer is not technically and/or objectively feasible or cannot reasonably be required on duly substantiated grounds.

No deduction will be made on the wage/ salary of woman worker when she is assigned for lighter works²⁴.

1.2.7 Prohibition of night work for pregnant worker and worker who has recently delivered birth and is breastfeeding

In Turkish Law, it is forbidden to compel worker who has delivered birth for performing night work for following 6 months after delivery. The worker who has recently delivered birth will not be obliged to perform night work at the end of eight weeks period following the delivery and a worker who is breastfeeding will not be obliged to carry out night work after provided that health risks and hazards associated with night work is proven with a physician’s report. Furthermore, the pregnant workers cannot be obliged

²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.529 ; KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.107.

to perform night work for the period from the time when their pregnancy is evidenced with physician's report to the delivery.

According to provisions of Council Directive 92/85/EEC, pregnant workers, workers who has recently delivered birth and is breast feeding are not obliged to perform night work during their pregnancy and for a period following childbirth which shall be determined by the national authority competent for safety and health, subject to submission, in accordance with the procedures laid down by the Member States, of a medical certificate stating that this is necessary for the safety or health of the worker concerned (art.7/1).

1.3. Termination of Employment Contract Due To Pregnancy and Maternity Status of the Women Workers

Employment contract is suspended for the period during which woman worker cannot carry out her work temporarily due to pregnancy and delivering birth.

According to article 25/I, a, the right of the employer to terminate employment contract in pregnancy and delivery emerges after woman worker exceeds the notification periods stipulated in Article 17 for eight weeks. Respective period is 16 weeks in total comprising 8 weeks of prenatal period and 8 weeks postnatal period. The employment agreement remains suspended during the period that needs to be exceeded by the woman worker for justifying termination of the employment agreement and no wage/salary is paid during respective period²⁵. The notification period shall not be applicable in the event that labour contracts concluded for an indefinite period are terminated obeying the essentials of the notification requirement. However, suspension period does not create any obstacle running validity period of the contract²⁶.

The important point that needs to be focused on is whether termination of woman worker's employment contact due to her pregnancy status contradicts with article 5 of Labour Code in case of a workplace where female workers work only. In regard to issue of employer's equal treatment obligation in termination of the agreement, some of the authors claim that equal treatment obligation of the employer cannot apply in principle for termination of the employment due to justified reasons. However, the authors

²⁵ AKTAY/ ARICI/ KAPLAN-SENYEN, s.166 ; ERTÜRK, s.162.

²⁶ KAPLAN-SENYEN, Feshe Karşı Koruma, s.1236 ; SÜZEK, Askıya Alınma, s.90 ; ONARAN YÜKSEL, s.240-241 ; SÖZER, s.1066-1067 ; ÇENBERCİ, s.559.

supporting this idea accept that the freedom is not absolute and the employer should not misuse his/her right²⁷. On the other hand, another group of Labour Law authors suggests that the employer has the obligation for equal treatment in termination of the labour contract²⁸.

According to Council Directive 92/85/EEC, the employer cannot dismiss of pregnant workers during the period from the beginning of their pregnancy to the end of the maternity leave referred save in the exceptional cases. If a woman worker is dismissed during this period, the employer must cite duly substantiated grounds for her dismissal in writing.

European Court of Justice concludes that article 10 of the Directive covers limited employment contracts also as well as employment contracts for in indefinite period²⁹. European Court of Justice decided that it does not create a case of termination prohibited under article 10 of the Directive it is claimed that an employment agreement is not renewed after its expiry due to pregnancy status of the woman worker.

However, respective situation may be construed as rejection of her employment due to her pregnancy status which contradicts with article 2/1,3 of Council Directive 76/207/EEC.

In its various verdicts, European Court of Justice repeated that material losses or operational requirements exposed by the employer cannot be considered as justification for dismissal of the pregnant worker as the employer has undertaken economic risks and those related with work order introduced by pregnancy of the woman worker³⁰.

The Court concludes that termination of a woman worker's employment contract due to her pregnancy or delivery contradicts with article 10 of Council Directive 92/85/EEC and article 5/1 of Council Directive 76/207/EEC³¹.

²⁷ DEMİR, s.126-127 ; DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.69 ; GÜVEN/ AYDIN, s.12.

²⁸ AKYİĞİT, s.292.

²⁹ In Case C-438/99 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 05.12.2008) ; In Case C-109/00 (www.europa.eu.int/eur-lex, 06.12.2008).

³⁰ In Case C-32/93 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008) ; In Case C-109/00 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008).

³¹ In Case C-460/06 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008) ; In Case C-32/93 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008) ; In Case C- 421/92 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008) ; In Case C-179/88 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008) ; In Case C-109/00 (www.europa.eu.int/eur-lex, 18.12.2008).

When the verdicts awarded by European Court of Justice are analysed, it is clearly seen that majority of the decisions concerning pregnancy and confinement have questioned the reference point for comparing the status of pregnant woman. In its decisions awarded, the Court has always repeated that the status of a woman that can not work due to her pregnancy status can never be compared with status of a man who cannot work due to medical reasons or other circumstances and the status of the woman cannot be reduced to an absence situation resulting from pathological or other medical reasons which will then justify dismissal of the woman from the work. Therefore, in the event that unfavourable or negative attitudes against the woman worker are due or related to her pregnancy, the Court automatically decides existence of discrimination without any further requirement for comparison.

3. Sanctions to be Imposed Against The Employer Discrimination Due To Pregnancy or Maternity of Women Workers

1.4. In Principle

As discrimination compensation of an amount equivalent to four salary amounts of the woman worker as stipulated in article 5 of Turkish Labour Code no.4857 is applicable after establishment or termination of employment relation between the parties, there is no legal sanction for discriminating behaviour of the employer during establishment stage of employment relation. Lack of compensation sanction in Labour Code applicable against the discrimination during employment process decreases efficiency of the regulation³². Compensation amounting equal to four months' salary amount of respective worker can apply only for the behaviours of the employer during employment relation or at termination of the respective relation between the parties³³. As already mentioned above, discrimination compensation cannot be imposed against the employer acting in breach of prohibition of discrimination during establishment of employment relationship; however, the act may be subjected to compensation according to general provisions through evaluation of said act within the framework of "*culpa in contrahendo*"³⁴. Thus, the worker may claim her material losses resulting from employment negotiations

³² MOLLAMAHMUTOĞLU, s.552.

³³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.552 ; ERTÜRK, s.163.

³⁴ DOĞAN YENİSEY, Kadın-Erkek Eşitliği, s.69 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.404 ; ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.145 ; ERTÜRK, s.163 ; ONARAN YÜKSEL, s.334.

without burden of proving employer's default (*provided that material loss resulting from wage loss due to not applying for another job, loss of more favourable contracting opportunities or loss of former job are evidenced*).

However, no compensation can be claimed in presence of a discriminating labour advertisement as betrayal of one's trust cannot be claimed.

1.5. *Legal Sanctions*

According to article 5/VI of Turkish Labour Code, the employer may be sanctioned to pay discrimination compensation amounting equal to four mounts salary of respective work in the event that discrimination is evidenced during or at termination of employment relation between the parties³⁵ and the worker may further claim the rights divested³⁶.

The authors state that limiting discrimination compensation with an amount equalling to four months' salary of the worker is contradictory to the essence of European Union norms and therefore the ceiling limit of the sanction should be eliminated³⁷.

As the term "employment relation" exists in the Law, respective compensation can be claimed during validation of employment relationship as well as at termination of the said relationship. General provisions (*culpa in contrahendo*) can be applied only in case of discrimination during establishment of employment relationship³⁸.

The wage to constitute basis for discrimination compensation is the original wage according to justification of the Law³⁹.

The authors argue that respective compensation is partially dictating and therefore there is no obstacle for increasing respective amount under collective

³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.553 ; ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; AKTAY/ ARICI/ KAPLAN-SENYEN, s.161 ; KANDEMİR, s.420.

³⁶ Court of Cassation, Division of Law No 9, Date 06.10.2003, Basis No 2003/3501, Decision No 2003/16308 ; GÜLER, s.59 ; AKTAY/ ARICI/ KAPLAN-SENYEN, s.161 ; KANDEMİR, s.420.

³⁷ DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.77.

³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.414 ; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.145 ; BACAK/ YİĞİT, s.24.

³⁹ ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; AKTAY/ ARICI/ KAPLAN-SENYEN, s.161 ; ŞAHLANAN, s.35-36 ; CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s.230 ; BACAK/ YİĞİT, s.24.

labour agreements or labour agreements⁴⁰. As discrimination compensation is a legal sanction for contradiction with absolute non-discrimination liability of the employer under article 5/VI of Turkish Labour Code, the worker may claim respective compensation in absence of any material loss⁴¹.

An employer terminating employment agreement violating non-discrimination rule is deemed to have misused his/her termination right or to have conducted invalid or unfair termination right⁴².

The authors argue that labour assurance compensation cannot be imposed together with discrimination compensation on grounds that more than one legal sanctions cannot be imposed against the same behaviour of the employer⁴³. In the other hand, dominant opinion of the authors is that both compensations can be imposed together⁴⁴.

1.6. Administrative and Penal Sanctions

Article 99 of Turkish Labour Code dictates that the employer or his representative who; acts in violation of the principles and obligation foreseen in Articles 5 and 7 of this Act shall be liable to a fine of fifty million liras for each employee in this category (art.99/a) and it is further dictated that an employer or his representative shall be liable to a fine of five hundred million liras if he causes pregnant or confined women to work in periods before and after birth or fails to grant them leave without pay contrary to the provisions of Article 74 (article 104 of Turkish Labour Code).

Article 122 of Turkish Penal Code no.5237 title “*Discrimination*” reads that “any person who discriminates against another person on the grounds of language, race, colour, gender, disability, political view, philosophical belief, religion, sect or any similar by preventing enjoyment of a service or who offers employment or refuses employment or preventing a person from carrying out

⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.553 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.414 ; ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.55 ; ÇİL, s. 321.

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.553 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.415 ; DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.77 ; BACAĞ/ YİĞİT, s.24.

⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU, s.553 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.415 ; DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.77 ; BACAĞ/ YİĞİT, s.24.

⁴³ ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.57-58 ; ÇELİK, Tazminatlar, s.493 ; Court of Cassation, Division of Law No 9, Date 06.06.2007, Merit No 2007/ 30630, Decision No 2007/ 18174.

⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.555 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.416-417 ; DEMİR, s.123-125 ; ÇİL, s.676-677 ; GÜVEN/ AYDIN, s.124-125 ; DOĞAN/ YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.78-79.

an ordinary economic activity shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of six months to one year or a judicial fine (art.122)⁴⁵.

1.7. *Burden of Proof*

One of the most important conditions for effective implementation of prohibition of discrimination is regulation of burden of proof.

The last paragraph in article 5 of Labour Code dictates that the burden of proof in regard to the violation of the abovementioned provisions by the employer rests on the employee⁴⁶. However, considering the difficulty of burden of proof in this matter, the law maker softens burden of proof of the employee and dictates shifting the burden of proof in particular conditions. The said article reads: *“While the provisions of Article 20 are reserved, the burden of proof in regard to the violation of the above – stated provisions by the employer rests on the employee. However, if the employee shows a strong likelihood of such a violation, the burden of proof that the alleged violation has not materialized shall rest on the employer.”*

Article 4 of Council Directive dictates that member countries shall be liable to take measures for proving inexistence of discrimination based on gender by the party claiming inexistence of the discrimination provided that a worker claiming to have subjected to discrimination provides cases causing to arise thought of discrimination directly or indirectly before the courts or any other competent authority according to national legal systems of the member countries.

4. Conclusion

As a result of assuming pregnant workers, workers who have recently given birth or are breastfeeding as a special risk threat group, it can be argued that *“pregnancy and maternity”* status expression covers pregnant worker, worker who has recently given birth or breastfeeding and worker with small child who has recently completed breastfeeding period.

Discrimination in establishment of labour agreement may appear in form of total prohibition of several job types to women or not being preferred for respective jobs. To our opinion, it must be clarified as a rule that woman

⁴⁵ OJ 12.10.2004, 25611 ; for the text of the law please refer to (<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>).

⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.553 ; ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; AKTAY/ ARICI/ KAPLAN-SENEN, s.161.

worker is not obliged to answer the questions not related with the workplace or the job; however, the woman worker must be considered obliged for answering respective questions if she cannot perform the work undertaken or the nature of the work is not suitable for the pregnancy.

Pregnancy is a case requiring re-regulation of working conditions of woman worker defined under employment contract. The matter appears as impact of pregnancy period to working conditions and impacts of the maternity period starting with delivery of the woman worker to working conditions.

Employment contract is suspended for the period during which woman worker cannot carry out her work temporarily due to pregnancy and delivering birth.

The fact that no compensation sanction is defined under Labour Code against the behaviour of the employer contradictory to non-discrimination rule during employment of employment relation diminishes the efficiency of this sanction. To our opinion, the acts of employer during establishment of employment relation may be subjected to compensation amount according to general provisions through evaluation of said act within the framework of “*culpa in contrahendo*”.

The employer may be sanctioned to pay discrimination compensation amounting equal to four mounts salary of respective work in the event that discrimination is evidenced during or at termination of employment relation between the parties or the worker may further claim the rights divested. As the term “*employment relation*” exists in the Law, respective compensation can be claimed during validation of employment relationship as well as at termination of the said relationship.

The wage to constitute basis for discrimination compensation is the original wage according to justification of the Law.

In principle, the burden of proof in regard to the violation of equal treatment liability by the employer rests on the employee.

5. References

- AKTAY, A. Nizamettin/ ARICI, Kadir/ KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, İş Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Eylül 2007, Ankara.
- AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990.
- ALTAN, Ö. Zühtü, Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması, Eskişehir 1980.
- BACAK, Bünyamin/ YİĞİT, Yusuf, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s.1-31.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, *Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt: 7, 2004, Sayı: 3, s.221-227.
- ÇANKAYA, Osman/ GÜNAY, Cevdet İlhan/ GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Ağustos 2008, İstanbul. (İş Hukuku)
- ÇELİK, Nuri, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 14, 2007, s.485-496. (Tazminatlar)
- ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. bası, Ankara 1986.
- ÇİL, Şahin, Sendikalar Tazminat, Karar İncelemesi, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 6, 2005, s.666-678.
- DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir 2005.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Sayı: 11, 2006/ 4, s.63-81. (Ayrımcılık Yasağı)
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, *LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 7, s.974-1003. (Eşit Davranma İlkesi)

- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’ nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, *Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul’ a Armağan*, Cilt: 6, 2002, Sayı: 4, s.31-72. (Kadın-Erkek Eşitliği)
- ERTÜRK, Şükran, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Sendikası, AB’ ye Sosyal Uyum Dizisi, 1. Baskı, Mart 2008.
- EYRENCİ, Öner, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı*, İstanbul 1991, s.239-262.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006.
- GÜLER, Mikdat, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, *LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 5, s.28-82.
- GÜVEN, Ercan/ AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Eskişehir 2007.
- KANDEMİR, Murat, “4857 Sayılı İş Kanunu’ nun Kadın İşçiler ile İlgili Düzenlemeleri”, A. Can Tuncay’ a Armağan, LEGAL Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi: 49, Birinci Bası, Mayıs 2005, s.415-444.
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, “İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’ e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, İzmir 2000, s.709-722. (Hamilelik ve Analık)
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999. (Kadın İşçi)
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması”, *Prof. Dr. Nuri Çelik’ e Armağan, Cilt II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 1224-1238. (Feshe Karşı Korunma)
- KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Ayşegül, “Avrupa Birliği Hukukunda Ebeveyn İzni”, *LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Yıl: 2006, Sayı: 9, s.111-132.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Kasım 2008, Ankara.

- OĞUZMAN, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955. (Fesih)
- ONARAN YÜKSEL, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.
- OZANOĞLU, Teoman, “Analık Sigortası ve Analık Sigortasına İlişkin Davalar”, *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım 1988, Cilt: 2, Sayı: 6, s.3-9.
- SÖZER, Ali Nazım, “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, *Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı*, (Eğitim İşleri Genel Müdürlüğü), Yıl: 73, Kasım-Aralık 1982, Sayı: 6, s.1049-1072.
- SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınması, Ankara 1989. (Askıya Alınma)
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008. (İş Hukuku)
- ŞAHLANAN, Fevzi, “Genel Hükümler ve Temel Kavramlar”, *İstanbul Barosu/ Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu (30 Mayıs 2003-31 Mayıs 2003 Galatasaray Üniversitesi)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.
- TAŞKENT, Savaş, “İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan II*, İstanbul 1982, s.169-181.
- TULUKÇU, Binnur, “Türk Hukukunda ve Milletlerarası Alanda İşverenin Doğum Öncesi ve Doğum Sonrası İzin Verme Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s.1350-1372.

MÖHUK MADDE 31 BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA BAKIŞ

Mustafa ERKAN*

ÖZET

Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu 5718 sayılı yeni MÖHUK'un 31'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede Roma Konvansiyonu model alınmıştır. Ancak 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Roma I Tüzüğü Roma Konvansiyonu'nun yerini almıştır. Roma Konvansiyonu'nun üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusunu düzenleyen maddesine getirilen eleştiriler dikkate alınarak, Roma I Tüzüğü'nün ilgili maddesinin düzenlenmesinde esaslı bir değişikliğe gidilmiştir. Roma I Tüzüğü ile yapılan bu değişikliğin, 5718 sayılı MÖHUK'ta konuyu düzenleyen 31. maddede yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı, bu makalede incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Doğrudan uygulanan kurallar, müdahaleci kurallar, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 31, Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü.

AN OVERVIEW OF MANDATORY RULES IN TURKISH LAW WITHIN THE FRAMEWORK OF ARTICLE 31 OF THE CODE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

Article 31 of MOHUK (The Code on Private International Law and Civil Procedure) sets forth the internationally mandatory rules of another state which are most closely connected to the contract. The article aforementioned is adopted from the Rome Convention whereas the Rome I Regulation has replaced the Convention. In consideration of the criticisms related to the article of the Convention stipulating direct applicability of another state's rules, Rome I Regulation has introduced drastic changes in this regard. This article is an attempt to identify whether or not it is necessary to adopt the said amendment in terms of Article 31 of MOHUK.

Key Words: Mandatory Rules, Internationally Mandatory Rules, Overriding Mandatory Rules, Article 31 of The Code on Private International Law (Law No: 5718), Rome Convention, Rome I Regulation.

* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. Makalenin oluşturulması aşamasında değerli fikirleri ile katkıda bulunan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı Sayın Prof. Dr. Sibel ÖZEL'e teşekkür ederim.

I. GİRİŞ

Sözleşme serbestîsi ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan, taraflara sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak olan hukuku seçme hakkı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK) m. 24'te¹ düzenlemiştir; ancak taraflara verilen bu sözleşme serbestîsi sınırsız değildir. Sözleşme serbestîsi prensibine getirilen temel sınırlamalardan biri doğrudan uygulanan kurallardır². Uluslararası ticari sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Ancak, taraflar bir hukuk seçimi yapsalar dahi, ilgili sözleşmeye uygulanması gereken doğrudan uygulanan kuralların bulunması durumunda, bu kurallar tarafların seçimini bertaraf ederler³. Tarafların iradelerini bertaraf eden doğrudan uygulanan kurallar konusunda birçok sayıda eser ortaya konmuş ve sık sık uluslararası konferansların konusu haline getirilmiştir⁴.

Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu, 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK'ta⁵ düzenlenmemiş ancak 2007 yılında yapılan yeni 5718 sayılı MÖHUK'ta⁶ düzenlenmiştir. Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu 5718 sayılı MÖHUK'un yapıldığı tarihte yürürlükte olan Roma Konvansiyonu'nun⁷ ve taslak halinde olan Roma I Tüzüğü'nün ilgili hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir⁸.

¹ Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusu hem 2675 sayılı MÖHUK'ta hem de 5718 sayılı MÖHUK'ta madde içeriğinde farklılıklar olmakla birlikte 24'üncü maddede düzenlenmiştir.

² Doğrudan uygulanan kurallar bazen müdahaleci kurallar olarak da doktrinde kullanılmaktadır.

³ BLESSING, Marc, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, Swiss Commercial Law Series, Vol. 9, Helbing & Linchtenhahn 1999, s. 5.

⁴ Konu ile ilgili olarak "British Institute of International and Comparative Law" tarafından 11 Kasım 2010 tarihinde Londra'da bir konferans düzenlenmiştir. Bkz. (<http://www.biiicl.org/events/view/-/id/571/>, erişim 15 Kasım 2010).

⁵ R.G. 22.5.1982-17701.

⁶ R.G. 12.12.2007- 26278.

⁷ OJ L 266 of 9.10.1980.

⁸ Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu Roma I Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında çok tartışılmıştır. Sonuçta, Roma I Tüzüğü'nün taslak halindeki metinden ayrılarak farklı bir düzenleme kabul edilmiştir. Zira taslak metindeki düzenleme Roma Konvansiyonu'nun 7'inci maddesindeki düzenlemeye yakın ifade içermekteydi.

Ancak 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra Roma Konvansiyonu’nu değiştiren Roma I Tüzüğü⁹ yürürlüğe girmiş ve sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarında esaslı bir değişiklik getirmiştir. Çağdaş ve uygar anlayışlara ve uluslararası mevzuat ile paralellik sağlamak amacıyla yapılmış olan 5718 sayılı MÖHUK’un ilgili maddesinin yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulup duyulmadığı tartışılması gereken bir konudur.

MÖHUK’un 31. maddesinde düzenlenen “sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları” konusunun incelenmesi bu makalede güdülen amaçtır. Başka bir ifadeyle, bu incelemenin konusu yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına, hâkim tarafından etki tanınıp tanınmayacağı olacaktır. Çalışmamızda öncelikle doğrudan uygulanan hukuk kurallarının özellikleri ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına getirilen eleştiriler değerlendirilecektir. Daha sonra ise 5718 sayılı MÖHUK’ta 31. maddede düzenlenen sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusunun, kanunda düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı hususu ele alınacaktır. Bu incelemeyi takiben MÖHUK m. 31’in uygulanması ve uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek problemler, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü’ndeki ilgili düzenlemeler ışığında değerlendirilecektir.

II. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN GENEL ÖZELLİKLERİ

Konunun detayına girmeden önce ‘doğrudan uygulanan’ ya da ‘müdahaleci kuralları’¹⁰ tanımlarsak “genellikle sosyal ve ekonomik görevler verilerek, kamu menfaati ağırlıklı hale getirilen hukuk normlarına ‘doğrudan

⁹ OJ L177/6 of 4.7.2008.

¹⁰ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında daha geniş ve detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 1 vd.; KÖSOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, *MHB* 2008, Yıl 28, Sa.1-2, s. 147-172; BAYATA CANYAŞ, F. Aslı, 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. III, Ankara 2009, s. 141-166.

uygulanan kurallar' adı verilmektedir"¹¹. Tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere doğrudan uygulanan kuralların temel amacı kamu menfaatlerini korumaktır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için doğrudan uygulanan kurallar, sözleşme taraflarının iradeleri sonucu seçilen hukuktan veya objektif bağlama sonucu tespit edilmiş olan hukuktan bağımsız olarak kendilerine uygulama alanı bulurlar.¹² Ayrıca, doğrudan uygulanan kurallar, yabancı unsurlu olsun olmasın ülke ile irtibatlı olan her olaya uygulanırlar¹³.

Doğrudan uygulanan kurallar, sosyal ve ekonomik görevler yüklenerek kamu menfaatlerinin dikkate alınması sonucunda ortaya çıkan hukuk normlarıdır¹⁴. Diğer bir ifadeyle, bu kurallar "özel hukuk ilişkilerine etkili, kamu menfaati gözetken emredici hükümler olarak belirlenmektedir"¹⁵. Bu kuralların örnekleri ise döviz ve dış ticaret kanununda yer alan yasaklar, para ve kartel kanunlarıyla getirilen yasaklar, ithalat-ihracat yasakları, kültür varlıklarının korunması¹⁶ ve ambargo düzenlemeleridir¹⁷.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu, devletlerin mevzuatları içerisinde iki farklı şekilde düzenlenmektedir. Bunlardan birincisi; genel hukuk bölümünde ve uygulanacak hukuk başlığı altında yapılan düzenlemedir. Bu düzenleme ile üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, içerisinde yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkilerde uygulama

¹¹ ERDEM, Bahadır, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 102.

¹² ERDEM, s. 102; BONOMI, Andrea, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some General Remarks, in Bonomi, Andrea, and Volken, Paul, Yearbook of Private International Law, Vol. 10, Berlin- New York 2008, s. 170.

¹³ ERTEN, Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Ankara 2007, s. 252; BONELL, Michael Joachim, Article 1.4 (Mandatory Rules) Revised Comments, UNITROIT Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd), Fifth Session, Rome, 24-28 May 2010, s. (2-5) 1, (<http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study50/s-50-115-e.pdf>, erişim 31 Aralık 2010).

¹⁴ ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, b. 10, İstanbul 2010, s. 383.

¹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 383.

¹⁶ Kültür varlıklarının korunması konuda daha detaylı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel, Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998, s. 157 vd. (Kültür Varlıkları).

¹⁷ NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, b. 18, İstanbul 2010, s. 184; TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, b. 9, İstanbul 2006, s. 306-307.

alanı bulacaktır¹⁸. Buna en güzel örnek İsviçre hukukundaki düzenlemedir¹⁹. Diğer uygulama ise üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının genel bir uygulama alanı bulamayıp, sadece sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri için uygulama alanı bulmasıdır ki Türk hukukundaki düzenleme bu yöndedir²⁰.

Doğrudan uygulanan kurallar üçlü bir ayırımı tabi tutulmuştur²¹. Bunlardan birincisi hâkimin hukukunun (*lex fori*) doğrudan uygulanan kurallarıdır ki 5718 sayılı MÖHUK m. 6'da düzenlenmiştir; ikincisi ise uyuşmazlığa uygulanacak hukukun (*lex causae*) doğrudan uygulanan kurallarıdır²²; sonuncusu ise sözleşme ile yakın ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır ki bunlara etki tanınması 5718 sayılı MÖHUK'ta 31'inci madde olarak düzenlenmiştir. Doğrudan uygulanan kuralların ilk iki ayırımının uygulanması konusunda doktrinde fikir birliği mevcut iken, üçüncü ayırım olan sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye uygulanması ise doktrinde tartışmalı bir konudur²³.

¹⁸ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 191.

¹⁹ IPRG (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku) m. 19'da "Yabancı Bir Hukukun Doğrudan Uygulanan Normlarının Nazara Alınması" kenar başlığı altında düzenlenen maddeye göre, "İsviçre'de gerekli hukuk anlayışına göre haklı ve açıkça öncelikli çıkarlar gerektiğinde, bu yasayla belirlenen yetkili hukuktan farklı bir hukuk, eğer bu hukuk olaya sıkı bağ içindeyse dikkate alınabilir (m. 19/1). Böylesi bir düzenlemenin dikkate alınıp alınmayacağına karar verebilmek için, hükmün güttüğü amaç hüküm uygulamasının İsviçre hukuk anlayışı dâhilinde hakkaniyete uygun bir karara varılması bakımından doğuracağı sonuçlar göz önüne alınacaktır (m. 19/2)". Kanun maddesinin Türkçe çevirisi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 384-385; DOĞAN, s. 191, dn. 34. Düzenlemenin İngilizcesi için bkz. KARRER, Pierre / ARNOLD, Karl, Switzerland's Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, Deventer-Boston 1989, s. 44-45.

²⁰ DOĞAN, s. 191 ve 308. Ayrıca, MÖHUK ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu'nun detaylı karşılaştırması için bkz. GIRSBERGER, Daniel, Swiss Private International Law Act Compared to the New Turkish Act, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 57-75.

²¹ TEKİNALP, b. 9, s. 306; ÇELİKEL/ERDEM, s. 383-384.

²² 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta ve 5718 sayılı yeni MÖHUK'ta *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Sözleşme statüsü sonucu belirlenen hukuk bir bütün olarak uygulanacağından dolayı ilgili hukukun doğrudan uygulanan kuralları da uygulama alanı bulacaktır.

²³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36; DOĞAN, s. 191; TARMAN, Zeynep Derya, Yabancılık Unsuru Taşınan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *AÜHFD* 2010, C. 59, Sa. 3, s. (521-550) 543.

MÖHUK m. 6'da düzenlenen ve uygulama alanı sadece sözleşmelerle sınırlı olmayan *lex fori*'nin müdahaleci kuralları her zaman doğrudan uygulama alanı bulurken, MÖHUK m. 31'de düzenlenen sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları ise ikinci derece bir fonksiyona sahiptir. MÖHUK m. 6 kapsamında *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları uygulanırken, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaz. Diğer bir ifadeyle, yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede, hâkimin hukukunun (*lex fori*) doğrudan uygulanan kuralları sözleşmeye uygulanacak hukuka uygun olup olmadığına bakılmaksızın kendisine uygulama alanı bulacaktır²⁴. Bu durum MÖHUK m. 31'de farklıdır. MÖHUK m. 31'in kendisine uygulama alanı bulabilmesi için her şeyden önce yapılması gereken işlem, içinde yabancılık unsuru bulunan bir sözleşmede, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesidir. Daha sonra ise, tespit edilen uygulanacak hukukun (*lex causae*) sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan yer hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olup olmadığına bakılmalıdır. *Lex causae*'nin sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olması durumunda, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulabilecektir²⁵.

MÖHUK m. 31 bağlamında mahkeme tarafından dikkate alınacak olan doğrudan uygulanan kurallar ne *lex fori* ne de *lex causae* kapsamındadır. Kanunlar ihtilafı kurallarının tespit ettiği hukuk veya hukuk seçimi ile belirtilen hukuk sözleşmeye uygulanırken, uygulanmasının gerekli olduğu düşünülen ve hukuki ilişki ile yakından bağlantılı olan üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması söz konusu olmaktadır. Burada hâkim, söz konusu kuralları uygulamadan önce kuralların muhtevasına, amaçlarına ve uygulandıklarında veya uygulanmadıklarında ortaya çıkması muhtemel sonuçlara bakarak kuralın uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir.

III. ÜÇÜNCÜ BİR DEVLETİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARININ UYGULANMASINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Doktrinde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına ilişkin tartışmaların toplandığı üç temel nokta bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, bu tür kuralların kamu hukuku karakterli olmasından dolayı

²⁴ EKŞİ, Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 167.

²⁵ EKŞİ, s. 167-168.

yabancı bir ülkenin kamu hukuku kurallarının başka bir devlet mahkemeleri tarafından uygulanamayacağı yönündeki eleştiridir²⁶. İkinci önemli eleştiri ise, doğrudan uygulanan kuralların politik özellik taşımaları nedeniyle sadece yürürlükte buldukları ülke mahkemeleri tarafından uygulanabileceğidir²⁷. Üçüncü eleştiri de yukarıda ifade edilen iki eleştiriye desteklemek amacıyla ortaya atılan ülkesellik prensibidir. Diğer bir ifadeyle, bu eleştiri üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının hem kamu hukuku karakterli hem de politik özellikli olmasından dolayı bu kuralların yürürlükte oldukları ülke mahkemelerinde uygulama alanı bulabileceğinden hareketle başka ülkelerde uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir²⁸.

Yabancı bir devletin kamu hukuku kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığı yönündeki görüş doktrinde²⁹ ve uygulamada³⁰ destek bulmuştur. Kabul edilen görüş, kanunlar ihtilafı kurallarının sadece özel hukuk alanında geçerli olacağı ve kamu hukuku alanında uygulanamayacağı yönündedir³¹. Zira her devlet kendi faaliyet alanını düzenleyen kamu hukuku kurallarını tek taraflı olarak kendisi belirler ve bu kuralların uygulama alanının belirlenmesinde yabancı bir hukuka etki tanınması devletin egemenliğine aykırılık teşkil eder. Bu duruma belki de en güzel örnek, kişinin vatandaşlık bağının tespiti meselesidir. Bir Türk hâkimi, önüne gelen bir meselede *lex fori* uyarınca ancak bir kişinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı yani Türk olup olmadığına karar verebilir. Fakat hâkim, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmadığını tespit ettiği kişinin vatandaşlığını tespit edemez. Örneğin, kişi Alman devletinin vatandaşıdır diyemez. Bu durum Alman devletinin kamu hukuku alanına girer ve ancak devletin kendisi bir kişinin vatandaşı olup olmadığına karar verebilir. Ayrıca, “kamu hukuku alanında yetkili olan makamlar-mahkemeler veya idari organlar sadece kendi tâbi oldukları kanunlar uyarınca karar verebilirler; çünkü sadece bu kanunları uygulamak

²⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36; NOMER/ŞANLI, s. 325.

²⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36.

²⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36.

²⁹ PAUKNEROVA, Monika, Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law, *ERA Forum* 2010, s. (29-43) 33, (<http://www.springerlink.com/content/15115h2424023717/fulltext.pdf>, erişim 31 Aralık 2010); NOMER/ŞANLI, s. 325.

³⁰ “Örneğin, İsviçre mahkemeleri, uzun süre ‘Yabancı bir devletin Kamu Hukukunun, prensip olarak İsviçre’de ne uygulanabilir ne de icra edilebilir olduğu’ ilkesini bir aksiyom olarak kullandılar.” Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36, dn. 256.

³¹ PAUKNEROVA, s. 34; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 37.

amacıyla kurulmuşlardır³². Başka bir ifadeyle özel hukuk alanındaki gibi mahkemelerin yetkisi ile uygulanacak hukukun ayrılması mümkün değildir. Özel hukukta, mahkeme kendi yetkisi içerisindeki bir uyumsuzluğa kendi mevzuatının konusuna ve kapsamına girmemesi durumunda yabancı bir kanunu uygulayarak karar verebilir³³. Bunlara ilaveten, başka bir devletin kamu hukuku alanına giren doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının uygulayan devletin menfaatine olmayacağı yönünde bir görüş vardır. Çünkü kamu hukuku kuralları, devletlerin kendi menfaatlerini korumak ve kollamak amacıyla koyduğu kurallardır³⁴.

Yukarıda ifade edilen görüşlere genel anlamda katılmamak mümkün değildir; ancak değerlendirilmesi gereken başka hususlar da vardır. Bunlardan birincisi; üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının kamu hukuku karakterli olsa bile, bu kuralların kamu hukuku kuralları olduğunu söylemek veya iddia etmek her zaman mümkün değildir³⁵. Buradaki temel sorunlardan birisi, kamu hukuku ile özel hukukun ayrımını kesin bir çizgiyle yapmanın mümkün olmamasıdır³⁶. Zira bu ayırım bütün hukuk sistemlerinin üzerinde fikir birliğine vararak kabul ettikleri bir ayırım değildir. Örneğin *common law* sisteminde bu ayırım belirgin değilken (böyle bir ayırımın olmadığı bile söylenebilir); Kıta-Avrupa'sı hukukunun dâhil olduğu Roma-Cermen hukuk sisteminde ise bu ayırımın varlığı kabul edilmektedir³⁷. Bu açıdan baktığımızda; özel hukuk – kamu hukuku ayrımı yapmayan devletler için yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının kamu hukuku niteliğinde olmadığı için yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulabilecektir. Ancak, ayırım olan Kıta-Avrupa'sın da ise yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kuralları kamu hukukunun içinde olma ihtimalinden dolayı uygulama alanı bulamayabilecektir. Bu durumda milletlerarası özel hukukun özünü oluşturan uluslararası işbirliği ve karşılıklılık noktasının oluşmasında zafiyet doğması muhtemel olacaktır. Ayrıca, mahkeme tarafından sözleşme ile sıkı bağlantı içerisindeki bir devletin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınmaksızın bir karar verilmesi durumunda, verilen bu

³² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 37.

³³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.

³⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.

³⁵ BLESSING, s. 5.

³⁶ YÜKSEL, Mehmet, Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı ve Günümüzdeki Anlamı, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 2008, Sa. 41-42, s. (49-73) 51.

³⁷ YÜKSEL, s. 55; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.

kararın doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınmayan sözleşme ile sıkı bağlantılı olan ülkedeki tanınma ve tenfizinde sorun yaşanabilir³⁸.

Diğer bir nokta ise, bir kuralın kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı dâhil olduğunun tespitindeki zorluktur. Çünkü bu iki hukuk dalı kesin çizgiler ile birbirinden ayrılmamıştır³⁹. Hatta denilebilir ki, kamu hukuku ile özel hukuk arasında var olan çizgiler de giderek belirsizleşmektedir⁴⁰. Bu ayırımı yapabilmek için çeşitli teoriler⁴¹ geliştirilmiş ve bu teoriler günün ihtiyaçları doğrultusunda değişmiş ve gelişmiştir. “Bugün, bu iki kategori hukuk dalını ayırt etmeye yarayan şeyin, hukuki ilişkinin tarafını devletin veya özel kişilerin değil, bu kişilerin birbirleri karşısındaki durumu olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, kamu hukuku ilişkilerinde hâkimiyet unsuru yer almakta, bu hukuk dalının kapsamına giren ilişkilerde, devletin hâkimiyeti söz konusu olmaktadır. Özel hukuk ise, taraflardan birinin devlet veya bir kamu tüzel kişisi olmasına rağmen, her iki tarafın da eşit durumda olduğu ilişkileri düzenlemektedir”⁴². Yukarıda da ifade edildiği üzere günün ihtiyaçları doğrultusunda devletler kendi rollerini gözden geçirip yenilemişler ve değiştirmişlerdir⁴³. Bu değişimleri yaparken devlet bazen özel hukuk ilişkilerine müdahale eder hale gelmiş ve bir manada kamu hukukunun alanını genişletmiştir⁴⁴. Bu duruma örnek vermemiz gerekirse, tüketici sözleşmeleri en güzeli olabilir⁴⁵. Tüketici sözleşmelerinde taraflar genellikle özel kişilerdir; buna devletin özel kişi olarak devletin ihtiyaçlarını karşılamak için yapmış olduğu sözleşmeleri de dâhil edebiliriz. Devlet, tüketici sözleşmelerinde nihai tüketiciyi, üreten karışında zayıf durumda olduğuna ve korunmasına karar vermiştir. Burada düşünülmesi gereken soru: Tüketici sözleşmeleri devletin bu koruyucu müdahalesinden dolayı kamu hukuku karakterini kazanmış olması sebebiyle, kamu hukuku içerisinde mi değerlendirilecektir?

³⁸ NOMER/ŞANLI, s. 326; BONELL, s. 4-5.

³⁹ YÜKSEL, s. 65-66.

⁴⁰ TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara 1984, s. 9; SANCAKTAR, Oğuz, Özelleştirmenin Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Sa. 1, s. (241-270) 243.

⁴¹ Çıkarlar Teorisi, Sûjeler Teorisi hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38, dn. 270.

⁴² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38.

⁴³ YÜKSEL, s. 57-58.

⁴⁴ FRIEDMAN, W. G., Public and Private Law Thinking: The Need for Synthesis, *Wayne Law Review* 1959, C. 5, Sa. 3, s. (291-302) 298-299.

⁴⁵ PAUKNEROVA, s. 31.

Kamu hukuku – özel hukuk ayırımının tam ve kesin çizgileri yoktur⁴⁶. Bu durum uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman uygulanması öngörülen üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının, kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait olduğunun tespiti problemini de beraberinde getirmektedir. Vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması durumunda (Türk hukukunda vasıflandırma *lex fori*'ye göre yapılır) hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta uygulanması düşünülen üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralını, kendi yetkisini aşarak kamu hukuku veya özel hukuk nitelendirmesinde bulunmak zorunda kalacaktır. Hukuk kurallarının nitelendirilmesinde/sınıflandırılmasında hukuk sistemlerinin farklı yaklaşımları nedeniyle, hâkimin kendi hukuku üzerinden yapmış olduğu bu saptamanın, ne kadar hakkaniyete uygun olduğu tartışmalıdır. Zira devletin kendi sınıflandırmasına göre kamu hukukuna giren bir düzenleme, hâkimin hukukuna göre özel hukuka giriyorsa hâkimin bu kuralı uygulaması beklenir. Tam tersi bir durum da söz konusu olabilir. Yabancı bir devletin özel hukuk içerisinde değerlendirdiği bir kuralı, hâkim kendi hukukuna göre kamu hukuku içerisinde kabul edip uygulamayabilir⁴⁷. Vasıflandırmanın doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu devletin hukuk sınıflandırması dâhilinde yapılması ise; yabancı devletin kendi mevzuatının, hâkimin tabii olduğu hukuk sistemi içerisinde uygulanıp uygulanmayacağına karar vermesi gerekecektir. Bu durum da özellikle yabancı hukukun hâkimin hukukundan ayrıldığı noktalarda uygulama sıkıntılarını beraberinde getirebilecektir⁴⁸.

Bazı yazarlar ise, doğrudan uygulanan kuralların özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemek amacı ile konulduklarını, bu sebepten ötürü kamu hukukundan ayrıldıklarını ve bunların özel hukuk kuralları olduklarını savunmuşlardır⁴⁹. Kanaatimizce, öne sürülen bu görüşün, yukarıda öne sürdüğümüz, kamu hukuku ve özel hukukun kesin ayırımının zorluğu nedeniyle savunulması güçtür.

Uzlaştırıcı yolu benimseyen üçüncü bir görüş ise, doğrudan uygulanan kuralların hem özel hem de kamu hukuku karakterine sahip olduğunu ve bu iki hukuk dalı arasında yer alan normlar olduğunu ifade etmiştir. Başka

⁴⁶ YÜKSEL, s. 65.

⁴⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39.

⁴⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39.

⁴⁹ KASSIS, Antoine, *Le Nouveau Droit Europeen Des Contracts Internationaux*, Paris 1993, s. 462; RENOLD Marc-Andre, *Les Conflicts De Lois En Droit Antitrust*, Zurich 1991, s. 32, ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39, dn. 278, 279'den naklen.

bir deyişle, özel hukuk etkilerine sahip, ancak devletin ve toplumun üstün menfaatlerinin korunmasını amaçlayan kurallar olduğunu ifade etmişlerdir ki Türk doktrini de bu görüşü benimsemiştir⁵⁰.

Doğrudan uygulanan kurallar, genellikle devletlerin iktisadi, politik ve sosyal alanlara müdahalesi sonucu ortaya çıkan ve bu alanların korunmasını amaçlayan kurallardır. Bu kurallar, doğrudan devletin çıkarlarını korumaya yönelik olarak düzenlenebileceği gibi (ithalat-ihracat düzenlemeleri, kambiyo düzenlemeleri), devletin sadece sözleşmesel ilişkiler çerçevesinde tarafların bağlı oldukları yükümlülükleri düzenlemek için ortaya koyduğu kurallar olarak da karşımıza çıkabilirler (iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri vb.). Başka bir ifadeyle, bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmesi için kamu⁵¹ veya özel hukuk karakterli olması, emredici veya düzenleyici olup olmaması önemli değildir⁵². Önemli olan husus, kuralın konulmasındaki amaçtır⁵³. Kuralın konulmasındaki amaç, ülke ile bağlantısı olan her olay ve ilişkiye uygulanma ise, bu durum, kuralın doğrudan uygulanan bir kural olması için yeterlidir⁵⁴. Diğer bir ifadeyle, kuralın sadece tarafların menfaatlerine hizmet eden bir karakterde değil de, ağırlıklı olarak kamu menfaatine hizmet eder karakterde olması gerekir⁵⁵.

Dolayısıyla doğrudan uygulanan kuralların, kamu hukukuna mı ait yoksa özel hukuka mı ait olduğu ayırımına girmeden bu kuralların özel hukuk ilişkisi üzerinde yaptığı etkiler göze alınmalıdır⁵⁶. Bunun sonucu olarak da doğrudan uygulanan kuralların kamu hukukuna ait olduğu gerekçesi ile yabancı bir ülkenin mahkemesinde uygulamasında (hâkimin hukukunun kamu düzeni istisnası saklı kalmak kaydıyla) bir engel kalmayacak ve uluslararası özel hukukun içinde uygulama alanı bulacaktır⁵⁷.

⁵⁰ NOMER/ŞANLI, s. 183; TEKİNALP, s. 307; ÇELİKEL/ERDEM, s. 383; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39. Özdemir Kocasakal'a göre "...doğrudan uygulanan kuralların Kamu Hukuku veya Özel Hukuk kategorilerinden birine aidiyeti konusunda kesin bir yargıya varılmayacağı; bu kuralların her iki kategoriye ait özellikleri de taşıdığı ve bu nedenle, iki kategori arasında yer alan *gri bölgede* yer aldıklarının kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır". (Alıntının içindeki dipnot dikkate alınmamıştır.) Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 40.

⁵¹ NOMER/ŞANLI, s. 183; ÇELİKEL/ERDEM, s. 383.

⁵² DOĞAN, s. 186.

⁵³ DOĞAN, s. 186.

⁵⁴ NORTH, Peter/FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14 ed., Oxford 2008, s. 729.

⁵⁵ NOMER/ŞANLI, s. 184.

⁵⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 40.

⁵⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 41.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına getirilen ikinci önemli eleştiri ise, doğrudan uygulanan kuralların politik düzenlemeler olmasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere doğrudan uygulanan kurallar devletlerin sosyal, iktisadi ve politik çıkarlarından dolayı koyduğu kurallardır⁵⁸. Devletler kanunlarını yaparken; genellikle uluslararası hukuka, uluslararası kamu düzenine ve kendi politik, sosyal ve iktisadi çıkarlarına göre hareket ederler. Bu durum, devletin egemenliğinin doğal bir sonucudur. Ancak, politik düzenlemeden ifade edilmek istenen Arminjon tanımı doğrultusunda “hukuk kuralları ve prensiplerine, bir devletin, bir partinin, bir sınıfın, hatta bazı düşüncelerin veya inançların yararına olarak istisna getiren kanunlar”⁵⁹ ise işte bu noktada uluslararası kamu düzeni ve/veya iç hukuktaki kamu düzeni kavramları devreye girecektir. Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını, doğrudan “politik düzenleme” olarak kabul edip reddetmek yerine, Alman ve İsviçre mahkeme⁶⁰ kararlarında ifade edilen “çıkart teorisine” göre hareket etmek daha mantıklıdır. Bu noktada yapılması gereken, doğrudan uygulanan kural ile korunmak istenen menfaatin kamusal çıkarlar olup olmadığının değerlendirilmesidir. Zira her doğrudan uygulanan kural; devletin, bir partinin, bir grubun veya bir ırkın çıkarlarını korumaya yönelik değildir. Öyle ise, hâkim önündeki uyuşmazlığa, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması durumunda somut sonuçlarının kamu düzenine zarar vereceğini düşünüyor ise kamu düzenini gerekçe göstererek üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralını uygulamaktan kaçınabilir.

Sonuç olarak; üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını belirli bir grubun menfaatlerini gözeterek “ayrımçı” manada politik düzenlemeler olarak kabul ederek, bu düzenlemeleri uyuşmazlığa uygulamamak, belirli ekonomik ve sosyal amaçlar içeren, kamunun menfaatlerini korumaya odaklanmış politik düzenlemelerin de uyuşmazlığa uygulanmaması sonucunu doğuracaktır. Bu durum, milletlerarası özel hukukun adalet anlayışına uymayacaktır. Dolayısıyla hâkim önüne gelen her somut durumda, uygulanacak olan

⁵⁸ NOMER/ŞANLI, s. 184.

⁵⁹ ARMINJON, P., Les Lois Politiques Et Le Droit International Prive, Rev. de DIP, 1930, s. (385-396) 389, (Lois Politiques), Özdemir Kocasakal’dan naklen, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44.

⁶⁰ Alman Yüksek Mahkemesi’nin (Bundesgerichtshof) 17.12.1959’da vermiş olduğu *Wöllert* Davası ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 1954 yılında verilen *Ammon v. Royal Dutch* kararı. Daha geniş bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44-45.

doğrudan uygulanan kuralların, kamu düzenine aykırı politik düzenlemeler olup olmadığını öncelikle değerlendirecektir. Hâkim doğrudan uygulanacak kuralı “ayırıcı” manada politik düzenleme olarak tespit etmesi halinde; ilgili doğrudan uygulanan kuralları uygulamayacaktır. Yukarıdaki açıklamalardan çıkarılabilecek sonuç; doğrudan uygulanan kuralların politik düzenlemeler olduğu yaklaşımıyla bu kurallara etki tanınmasına doğrudan karşı çıkmak, gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

Diğer bir eleştiri ise, doğrudan uygulanan kuralların ülkesel nitelikte olması sebebiyle sadece kuralın yürürlükte olduğu mahkeme tarafından uygulama alanı bulabileceği, üçüncü bir devletin hâkiminin bu kuralları uygulamasının mümkün olmadığıdır⁶¹. Bu eleştiriyi üç açıdan değerlendirmek faydalı olacaktır. Birincisi, uluslararası hukukun devletlerin ülkeleri dışındaki bütün kişilerine, mallarına ve gerçekleşen tüm olaylara normatif yetki vermediğidir⁶². Devletin yetkili olabilmesi için “hakkında kural konulan uyumsuzluk ile devlet arasında belirli bağlantıların varlığı zorunludur”⁶³. Bu bağlantıyı oluşturan unsurlardan birisi ülkesel yetkidir. Diğer bir ifadeyle, devletin kendi ülkesinde bulunan kişiler⁶⁴, mallar ve ülkesinde gerçekleşen tüm olaylarla ilgili olarak kural koyma yetkisi vardır. Bu doğrultuda, yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için o devlet ile sözleşme arasında sıkı bir ilişkinin olması gerekmektedir. Bu sıkı ilişki ifa yeri, ödeme yeri gibi değişik bağlama noktalarından doğar. Kendi ülkesi ile sıkı ilişki içinde olan bir konuda, bir devletin kural koyması, onun ülkesel yetkisinin sonucudur.

İkincisi, ülkesel yetkiye dayanarak her devlet kendisi için kural koyabilir ve bunu uygulayabilir. Bir devlet, ülkesel yetkiye dayanarak bir başka devletin münhasır yetki alanına giren bir konuda düzenleme yapamaz. Ancak, üçüncü bir devletin mahkemesi, bir başka devletin hukukunu uygulayıp uygulamama kararını, kendi milletlerarası özel hukuk mevzuatı

⁶¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 46.

⁶² Uluslararası Adalet Divanının Lotus Davası Kararında belirtilen görüştür. *The Case of The S.S Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. Ser. A. No. 9, (<http://www.icj-cij.org/pcij/series-c.php?p1=9&p2=4&PHPSESSID=5c407&lang=en&PHPSESSID=5c407>, erişim 31 Aralık 2010). Davanın ayrıntıları için ayrıca bkz. TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s. 106.

⁶³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 91.

⁶⁴ Diplomatik koruma kapsamındaki kişiler hariçtir.

doğrultusunda verir⁶⁵. Uygulamaya karar verilirse, bu durumu doğrudan uygulanan kuralın bulunduğu devletin münhasır yetkisine müdahale olarak kabul etmek mümkün değildir.

Üçüncüsü ise, doğrudan uygulanan kuralların sadece kuralı koyan ülke mahkemesinde uygulanabileceği kabul etmek, ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarını etkisiz hale getirmektir. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının amacı, uyuşmazlığın çözümü için en uygun hukuku bulmak ve uygulamaktır. Hâkim, önüne gelen ve içerisinde yabancılik unsuru bulunan olayda, milletlerarası özel hukukun hakkaniyetine uygun olarak tespit etmiş olduğu hukuku uygularken, tespit edilen hukukun doğrudan uygulanan kurallarını da uygulayacaktır. Bu uygulamanın sonucunda doğrudan uygulanan kural, başka bir ülkenin mahkemesinde uygulanmış olacaktır. Bundan dolayı, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan kurallardan olduğundan ülkesellik eleştirisi geçerli olmayacaktır. Bu kuralların, yabancı bir devletin hâkimi tarafından uygulanabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır⁶⁶.

Yukarıda ifade edilen eleştiriler, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulamamak için getirilmiştir. Ancak, getirilen bu eleştirilerin yukarıda ifade edilen gerekçeler ile yerinde olmadıkları ortaya konulmuştur. Ayrıca, son yıllarda artan devletler arasındaki işbirliği, uluslararası karar uyumları gibi genel kabul görmüş ortak değerler karşısında doktrinde dile getirilen bu eleştiriler, günümüzde kabul edilebilirliğini yitirmişlerdir.

IV. MÖHUK M. 31'E DUYULAN İHTİYAÇ

Yürürlükten kalkan 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta ve ondan daha önceki dönemde uygulanan, Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nun temelini teşkil eden 1330 (1915) tarihli geçici EHVK'ta⁶⁷ sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu düzenlenmemiştir. Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının her durumda uygulanacağı ve bu uygulamanın zorunlu olmasından dolayı

⁶⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 91.

⁶⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 47.

⁶⁷ 1330 (1915) tarihli Enebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun (EHVK). Kanununun 2. maddesinde "Emniyet ve asayiş memlekete taalluk eden Devletin bütün kanun ve nizamları Türkiye'de bulunan bütün enebiler hakkında dahi mer'idir" şeklindeki ifadesi sonucu ortaya konulmuş olan emniyet ve asayiş kanunlarının bugünkü doğrudan uygulanan kurallar olduğu düşünülmektedir. Bkz. BAYATA CANYAŞ, s. 142, dn. 8.

2675 sayılı MÖHUK'ta *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları da ayrıca düzenlenmemiştir⁶⁸. *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları hakkında da 2675 sayılı MÖHUK'ta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda bir hüküm bulunmamasının nedeni ise MÖHUK m. 2'ye göre sözleşmeye re'sen uygulanacak hukukun bir bütün olarak değerlendirilmesidir. Başka bir ifadeyle, *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye uygulanacak hukukun bir parçası olması sebebiyle bu kurallar uygulama alanı bulacaktır⁶⁹. Ancak, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına, 2675 sayılı MÖHUK'ta niçin yer verilmediği hususu tam açık değildir. 2675 sayılı MÖHUK'tan önce düzenlenen Roma Konvansiyonu'nun 7'inci maddesi kanun koyucunun önünde bir örnek olarak bulunmasına rağmen, kanun koyucu bu yönde bir düzenleme yapmamayı tercih etmiştir. Kanun koyucunun sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları yer vermemesinin nedeni; sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasındaki “zorluk ve karmaşıklık” olabilir.

Uluslararası ticaretin gelişmesi ile uluslararası sözleşmeler karmaşıklaşmış ve çok taraflı olmaya başlamıştır. Buna ilaveten devletler, uluslararası iş birliği ve karşılıklılık prensibi doğrultusunda, yeri geldiğinde başka bir devletin hukukunu uygulamaya başlamışlardır. Ayrıca, Avrupa topluluğunun bir anlaşması olan Roma Konvansiyonu'nda ve bu Konvansiyonun yerini alan (5718 sayılı MÖHUK kabul edilirken henüz taslak halinde olan) Roma I Tüzüğü'nde yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması konusu düzenlenmiştir. Bütün bunların sonucu olarak, sözleşme ile sıkı bağlantılı devletin doğrudan uygulanan kurallarına ihtiyaç ortaya çıkmıştır⁷⁰ ve bu ihtiyaç nedeniyle yeni kanunumuzda sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları kendisine yer bulmuştur⁷¹.

⁶⁸ BAYATA CANYAŞ, s. 142, dn. 7. Ayrıca bkz. AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2005, s. 129; TEKİNALP, s. 307-308.

⁶⁹ TEKİNALP, s. 306.

⁷⁰ TARMAN, Zeynep Derya, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, *BATİDER* 2009, C. 25, Sa. 2, s. (299-332) 326. (Akdi Borç).

⁷¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 385. Ayrıca MÖHUK m. 31'in gerekçesi için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 22-23, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>, erişim 20 Mart 2011); TİRYAKIOĞLU, Bilgin/AYGÜN, Mesut/KÜÇÜK, Esin, Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, b. 5, Ankara 2010, s. 147.

Hemen sorulması gereken soru şudur: 1330 tarihli EHVK'yı sorgulamadan⁷² doğrudan 1982 yılında yürürlüğe giren ve 2007 yılına kadar yürürlükte kalan 2675 sayılı MÖHUK'un uygulanma süresi zarfında bu hususu düzenleyen bir kural yok iken, ortaya çıkan bu ihtiyaç nasıl giderilmiştir?

5718 sayılı MÖHUK'tan önce, sözleşme ile sıkı bağlantı içindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları mevzuatımızda yer almadığı için, bu kural bir hukuk normu olarak uygulanma imkânı bulamamıştır. Dolayısıyla, sözleşme ile yakın bağlantısı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının, hâkim tarafından dikkate alınıp alınmayacağı, uyumsuzluğa uygulayıp uygulanmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır⁷³.

Güngör, 5718 sayılı MÖHUK'un 31'inci maddesinden önce sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağı konusunun doktrinde hayli tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Güngör, bu kuralların uygulanması konusunda olumlu görüş çıktığı durumlarda ise bunun bir hukuk olarak mı yoksa maddi vakıa olarak mı değerlendirileceğinin tartışıldığını ifade etmiştir⁷⁴. Tekinalp ise, Türk Hukukunda açık bir düzenleme olmasa da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının en azından maddi vakıa olarak dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁷⁵. Nomer ve Şanlı'ya göre "bugüne kadarki uygulamada, üçüncü ülkeye ait bu gibi [doğrudan uygulanan] normlar ya hiç dikkate alınmamakta ya da dolaylı şekilde *lex causae*'ya dâhil edilerek etkili olması temin edilmektedir"⁷⁶.

Yukarıdaki görüşler incelendiğinde, üç durumun ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi, yabancı devletin doğrudan uygulanan kurallarını hiç dikkate almamama durumudur. İkincisi, somut durumu maddi vakıa olarak kabul etme ve bu doğrultuda işlem tesis etme meselesidir. Sonuncu olarak da mevzuatta bu konuda bir düzenleme olmamamsından dolayı *lex causae* çerçevesinde dikkate alma durumudur. Kullanılan bu

⁷² 1330 tarihli EHVK sadece beş maddeden ibarettir. Bu maddelerden sadece bir tanesi (4'üncü madde) kanunlar ihtilafına ilişkindir. Dolayısıyla, kapsam olarak sınırlı olan 1330 tarihli EHVK'yı tartışmanın dışında tutmak yerinde olacaktır.

⁷³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 384.

⁷⁴ GÜNGÖR, Gülin, The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure, *Ankara Law Review* 2008, Vol. 5, No.1, s. (1-21) 18.

⁷⁵ TEKİNALP, s. 308.

⁷⁶ NOMER/ŞANLI, s. 324.

yöntemler geçici bir çözüm yöntemi olarak bu konuda bir düzenleme yapılana kadar kullanılmıştır.

Hâkimin, önüne gelen uyuşmazlıkta, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almamasının adil bir çözüm olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir. Hâkimin, önüne gelen yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta *lex fori*'nin ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının dışında, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almamasının temel nedeni; mevzuatta bu yönde bir düzenleme olmamasıdır. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, olayın maddi vakıa olarak kabul edilmesi ve *lex causae*'ya dâhil edilerek çözüm aranmasında bir engel yoktur. Dolayısıyla, bu yöntemin mevzuatta düzenleme olmadan ulaşılabilecek en adil çözüm olduğu söylenebilir. O halde, neden hâkim bu yöntemi değil de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almamayı tercih etmiş olabilir? Bunun muhtemel iki nedeni vardır: Birincisi, hâkim sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde bulunan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını bilmemesinden veya uygulamaya getireceği ilave yükten dolayı uygulamayabilir. Bu durum, hem hukuka hem de adalet anlayışına uymayacaktır. İkinci neden, hâkimin üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını yukarıda tartışılan nedenlerle (kamu hukuku içinde olması, politik düzenlemeler olması, ülkesellik prensibi vb.) uygulamayı reddetmesidir. Yukarıda⁷⁷ açıklandığı üzere, başka bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanamayacağına ilişkin nedenlerin kabul edilebilirliği günümüzde etkisini yitirmiştir. Zira uluslararası ticaret gelişmiş ve bu gelişmeye paralel olarak da uluslararası işbirliği artmış, karşılıklılık ilkeleri benimsenmiş ve uluslararası karar uyumu gözetilir olmuştur. Bu nedenlerden dolayı *lex fori*'nin veya *lex casusae*'nin doğrudan uygulanan kuralları dışında, yabancı bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanamayacağı eleştirisi artık itibar edilmemesi gereken bir konudur. Belirli şartların gerçekleşmesi durumunda, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak gereklidir⁷⁸.

Sözleşmenin ifasının imkânsızlığı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan fakat sözleşmenin kurulması esnasında öngörülemeyen kurallarından meydana geliyor ise bu durum mücbir sebep olarak

⁷⁷ Daha detaylı bilgi için bölüm 3'e bakınız.

⁷⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 57.

değerlendirilebilir⁷⁹. Bunun için her şeyden önce yapılması gereken tarafların aralarında akdettikleri sözleşmede mücbir sebepleri düzenleyen hükmün devletin yasaklayıcı tutumundan kaynaklanan ifa imkânsızlığını mücbir sebep olarak kabul edip etmediğine bakmak olacaktır. Eğer bu durumu düzenleyen bir mücbir sebep hükmüne sözleşmede yer verilmemiş ise, o zaman yapılması gereken iş, sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında ortaya çıkan somut durumun mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesidir. Mücbir sebep olarak değerlendirilen en yaygın olay, ambargo kararları ve sözleşmenin ifasına konu olan mallara devlet tarafından el konulması hususudur⁸⁰.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının ihlali sonucunda, sözleşme hukuka veya ahlaka aykırı bir duruma gelecekte bu durum, maddi vakıa olarak kabul edilerek *lex causae* çerçevesinde sözleşmenin geçerliliği değerlendirilir. Bu husus temellerini uluslararası kamu düzeninden almaktadır. Sözleşme taraflarının uluslararası düzeyde kabul görmüş ortak değerlere (kölelik, yolsuzluk, terörizm, tarihi eser kaçakçılığı vb.) aykırı olarak sözleşme yapmamaları beklendiğinden dolayı devletler uluslararası düzeyde kabul gören bu ortak değerleri korumaya yönelik kurallar getirmişlerdir. Türk hukukunda benzer düzenleme mevcut olup örneğin, Borçlar Kanunu m. 19 ve 20'ye⁸¹ göre kamu düzeni ve ahlaka aykırı sözleşmeler batıldır⁸².

Sonuç olarak, Türk hukukunda MÖHUK m. 31'den önce tartışmalı olan ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması hakkında mevzuatta somut bir düzenleme olmadan doktrinde bulunan çözüm yolu şu şekilde özetlenebilir. Hâkim, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını *lex causae* kapsamında mücbir sebep veya sözleşmenin geçersizliğine neden olan bir etken olarak dikkate alarak dolaylı yoldan sözleşme ile sıkı ilişki içindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralına etki tanımış olabilir⁸³. Ancak, doktrindeki tartışmaların sonucunda ortaya çıkarılmış bu çözüm yolunun, somut bir düzenleme

⁷⁹ BLESSING, s. 66.

⁸⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 82; KÖSOĞLU, s. 162-163.

⁸¹ Sözleşme özgürlüğü, kamu düzeni ve ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersizliği konuları 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda 26 ve 27'inci maddelerde düzenlenmiştir. Bkz. R.G. 04.02.2011– 27836.

⁸² KÖSOĞLU, s. 164.

⁸³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 86.

olmadan tartışmaları tam anlamıyla ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla, MÖHÜK m.31'in düzenlenmesindeki en büyük amaç hukukumuzdaki bu tartışmayı ortadan kaldırmak olabilir⁸⁴. Bunun yanında, Tekinalp yeni 5718 sayılı MÖHUK'un hedeflerini sayarken üç temel noktadan bahsetmiştir⁸⁵. Bu temel noktalar şunlardır:

- Uluslararası standartlar ile uyumlu düzenlemeler yapmak,
- Güncel (çağdaş) yaklaşımlara uygun düzenlemeler yapmak,
- Uluslararası sözleşmelerdeki görüş ve ilkeleri dikkate almak.

Genel manada kanunu oluştururken konulan bu hedefler, kanunun bir maddesi olan MÖHUK m. 31 içinde geçerli olabilecektir.

Tekinalp uluslararası standartlar ile uyumlu ilkeler koymaktan bahsederken hedefi "...tarafsız ve nesnel adalete dayalı, insana ve hukuka saygılı hükümlere yer vermek..."⁸⁶ olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 31'in düzenlenmesindeki temel nokta nesnel ve adalete dayalı düzenleme yapmak fikri olabilir.

Uluslararası ticari sözleşmeler yapılırken günümüzde genellikle sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak bir veya birden fazla hukuk seçilmektedir. Hatta bazen hukuk seçiminde objektif bağlama noktaları bertaraf edilerek, sözleşme taraflarının ve/veya sözleşmedeki kuvvetli tarafın menfaati doğrultusunda, sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuk sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilebilmektedir. Bu durum sözleşme serbestisi içinde sözleşmeye taraf olanların menfaatlerini esas alan bir uygulamadır. Ancak, milletlerarası özel hukukun adalet anlayışı ölçüsünde sadece tarafların menfaatini korumak yetmeyebilir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin yapıldığı veya sözleşmenin edimlerinin ifa edileceği veya sözleşmeye konu olan malların bulunduğu ülkenin toplumunun menfaati ayrıca bu toplumun oluşturduğu devletin iktisadi, sosyal-politik menfaatlerinin de korunması

⁸⁴ GÜNGÖR, s. 5.

⁸⁵ TEKİNALP, Gülören, Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 19-20. (Yeni Kanun). Benzer fikirler için bkz. GÜNGÖR, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007, s. 273. (Yakınlık Yaklaşımı).

⁸⁶ TEKİNALP, Yeni Kanun, s. 19.

gerekebilmektedir. Devletler bu tür menfaatlerini korumak amacıyla doğrudan uygulanan kurallar yürürlüğe koymuşlardır, çünkü bu bir gerekliliktir.

Tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumlarda, objektif bağlama kuralları çerçevesinde sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Günümüzde, uluslararası ticaretin gelişmesine paralel olarak uluslararası sözleşmeler birçok ülke ile bağlantılı hale gelmiştir. Bu karmaşık ticari ilişkiler içerisinde objektif bağlama kuralları ile bağlama noktaları tespit edilip buna paralel olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenecektir. Örneğin 2675 sayılı MÖHUK m. 24/2'ye göre ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukukudur. Bu yerin de tespit edilememesi durumunda ise sözleşme ile en yakın irtibat halinde bulunan yer hukuku uygulanacaktır. 5718 sayılı MÖHUK m. 24/4'e göre ise, sözleşmeyle en sıkı bağlantı içerisindeki hukuk uygulanacaktır. Yani bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler doğrultusunda kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde ise yerleşim yeri hukuku olacaktır. Karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri olduğu durumlarda söz konusu sözleşme ile en sıkı ilişki içerisindeki hukuk uygulanacaktır. Kanun koyucu bağlama noktalarının tespiti konusunda burada bırakmayıp önemli bir hususu daha düzenlemiştir. Bu da söz konusu sözleşmeye halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukuk olduğu takdirde bu hukukun uygulanabileceğidir. Eski ve yeni düzenlemede bağlama noktaları sayma yoluyla ifade edilmiştir. Bu bağlama noktalarından en uygun olanı tespit edilerek uygulanacak hukuk belirlenecektir. Ancak unutmamak gerekir ki, tespit edilen bu hukuk sözleşmenin bağlantılı olduğu tek hukuk olmayabilir. Daha önce de ifade edildiği üzere günümüz uluslararası ticaretinde birçok devlet aynı sözleşmeden etkilenebilmektedir. Diğer bir ifade ile uluslararası ticari ilişkilerde objektif bağlama kuralları ile tespit edilen hukukun yanında diğer devletlerin hukuk sistemleri de sözleşme ile bağlantılı olabilir⁸⁷. Sözleşme ile yakın bağlantılı devletlerin hukukları ile korunmaya çalışılan kamu hukuku karakterli sosyal, politik ve iktisadi menfaatler olabilir. Dolayısıyla, sözleşmeye uygulanacak hukukun yanında devletlerin bu vazgeçilemez menfaatleri doğrultusunda koyduğu doğrudan uygulanan kurallarının belirli ölçüde uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır.

⁸⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 56-57.

MÖHUK m. 31'in yokluğunda, sözleşmenin ifa yeri (*lex loci solutionis*) hukukundan kaynaklanan sözleşmenin geçersizliğinde çözümün nasıl olacağı tartışma konusu olabilecektir. MÖHUK m. 31'in varlığı halinde, sözleşme edimlerinin ifa yeri sözleşme ile sıkı bağlantı olarak değerlendirilebilir. Bu doğrultuda mahkeme "*lex loci solutionis*" in doğrudan uygulanan kuralları doğrultusunda, sözleşmenin edimlerinin yerine getirilmesinin geçersiz ve kanuna aykırı olduğuna hükmedebilir⁸⁸. O halde, MÖHUK m. 31 olmasa, mahkeme bu durumda ne doğrultuda karar verir? Mahkeme, sözleşmenin edimlerinin ifa edileceği yerin hukukundan kaynaklanan geçersizlikten dolayı, belki sözleşmeye uygulanacak hukuku dikkate almaksızın, Türkiye'nin kamusal/ekonomik çıkarlarını ve itibarını düşünerek sözleşme hükümlerinin yerine getirilemeyeceğine karar verecektir⁸⁹. Ancak bu tercih hukuki bir tercih olmaktan çok siyasi ve ekonomik bir tercih olmuş olur ki bu da mahkemelerin kuruluş amaçları arasında değildir.

Tekinalp'in MÖHUK'un hazırlanmasında konu ettiği diğer hedef ise çağdaş doktrin ve yaklaşımlara uygun düzenlemeler yapmaktır. "Yerli ve yabancı çağdaş yaklaşımlar ... milletlerarası özel hukuk düzenlemelerini etkilemektedir. Bu etkileme sonucu milletlerarası özel hukuk konularındaki *bağlama kriterleri* değişmekte ve bu da konsept değişikliğine sebep olmaktadır"⁹⁰. Örneğin, *Lex causae* dışında sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına duyulan ihtiyaç *Alnati* davasının⁹¹ kararında açıkça vurgulanmıştır. Hollanda Yüksek Mahkemesi yabancı bir devletin hukukunun kendi sınırları dışında da uygulanmasının önemli olduğu durumlarda, Hollanda mahkemelerinin bu durumu dikkate alabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, önemli durumlarda ilgili devletin hukukunun uygulanmasına tarafların seçtikleri hukuktan önce ve öncelikli olarak uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁹². Başka bir ifadeyle, burada tarafların hukuk seçiminin üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlanabileceği ve bu kuralların öncelikli olarak uygulanması gerektiği

⁸⁸ CLARKSON, Chris M./HILL, Jonathan, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2nd ed., London 2002, s. 249.

⁸⁹ CLARKSON/HILL, s. 249.

⁹⁰ TEKİNALP, Yeni Kanun, s. 20.

⁹¹ *Nederlandse Jurisprudentie* 1967, s. 3; *Rev Crit* 1967, s. 522, bkz. NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 729.

⁹² NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 728-729.

ifade edilmiştir⁹³. Hollanda Yüksek Mahkemesi, uluslararası ve ulusal düzeyde herhangi bir yazılı bir metin bulunmamasına rağmen, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devlete ait bazı kuralların uyumsuzluğa uygulanabileceğine hükmetmiştir⁹⁴. Denilebilir ki *Alnati* kararı Roma Konvansiyonu'nda sözleşme ile yakın ilişki içerisindeki üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen 7/1 maddesinin temelini oluşturmuştur⁹⁵.

Benzer bir sonuca *Sensor* davasında⁹⁶ da ulaşılmıştır. Bu davada, Hollanda Asliye Hukuk Mahkemesi hâkimi, Hollanda mahkemelerinin yabancı bir devletin mevzuatının emredici hükümlerinin Hollanda kanunlarına nazaran, öncelikli olarak uygulamakla yükümlü oldukları yönünde karar vermiştir. Ancak olayda, mahkeme üçüncü devletin sözleşme ile sıkı bağlantısı olmamasından dolayı sözleşme ile bağlantılı üçüncü devletin kurallarını uygulamayı reddetmiştir.

Sözleşme ile yakın ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması noktasında Kıta-Avrupa ile *common law* sistemi farklı yaklaşımlar sergilemektedir⁹⁷. Kıta Avrupa'sındaki devletler (özellikle Hollanda ve İsviçre) uygulama konusunda daha olumlu yaklaşırken *common law* sistemi (örneğin İngiltere ve Avustralya) ise dirençli bir yaklaşım sergilemektedirler⁹⁸. Hollanda, yukarıda ifade edilen mahkeme kararlarında ifade edildiği üzere, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına olumlu yaklaşmıştır. İsviçre'de de benzer uygulamalar söz konusu olup bu konu da İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk düzenlemelerinde açıkça yer almıştır. İngiltere ise bazı mahkeme kararlarında, kendi kanunlarına göre geçerli olan sözleşmeleri, sözleşme ile sıkı bağlantılı olan üçüncü ülkelerin hukuklarını dikkate olarak geçersiz kılmıştır⁹⁹. Ancak, bu tutuma rağmen İngiltere Roma Konvansiyonu'nun sözleşme ile sıkı ilişki

⁹³ KÖSOĞLU, s. 158.

⁹⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 57.

⁹⁵ NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 729.

⁹⁶ *Compagnie Europeenne des Petroles S.A v. Sensor Nederland B. V.* [1983] E.C.C. 532.

⁹⁷ ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 169. (Ticari Tahkim).

⁹⁸ ÖZEL, Ticari Tahkim, s. 169; CHUKWUMERİJE, Okezie, Choice of Law in International Commercial Arbitration, London 1994, s. 185-186.

⁹⁹ *Regazzoni v. KC Sethia (1944) Ltd* [1958] AC 301; *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 KB 287 (CA).

içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen 7/1 maddesine çekince koymuştur. Benzer tutumunu başta Roma I Tüzüğü için de sergilemiş ancak daha sonra katılma bildirgesi yayımlayarak Roma I Tüzüğü'ne taraf olmuştur¹⁰⁰. Kanada'nın tutumu¹⁰¹ tam belirgin olmamakla birlikte Amerika Birleşik Devletleri'nin daha liberal bir yaklaşım sergilediğini söylemek yanlış olmayacaktır¹⁰². Çünkü Amerikan Kanunlar İhtilafı Hukuku, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına izin vermektedir¹⁰³. Amerika'nın kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen *Restatement II* de tarafların belirlediği hukuka rağmen sözleşme ile bağlantı içerisindeki üçüncü bir devletin emredici hükümlerinin uygulanabileceğini düzenlemiştir¹⁰⁴. *Common law* sistemine sahip ülkelerin başka bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını tamamen kabul etmede isteksiz olmalarının temel nedeni sözleşmeye uygulanacak hukukun önceden belirlenemeyecek olmasından dolayı ortaya çıkacak belirsizlik endişesidir¹⁰⁵.

Doktrinindeki tartışmalara rağmen birçok ülkenin (özellikle Avrupa'da) pozitif hukuk düzenlemelerinde sözleşme ile sıkı irtibatlı üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmiş veya verilmeye başlanmıştır¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Birleşik Krallık, 17 Haziran 2008 yılında kabul edilen Roma I Tüzüğü'ne, 24 Temmuz 2008 tarihinde katılma bildirimini ile taraf olmuştur. Bu tarihten sonra Roma I Tüzüğü'nün hükümleri kendi iç hukukunda doğrudan uygulanacağından dolayı artık Birleşik Krallık'ın üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları konusunda dirençli bir yaklaşım içinde olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ancak hemen bir hususu ilave etmekte yarar olduğu kanaatindeyiz; "*case law*" un egemen olduğu hukuk sisteminde uygulamanın nasıl gelişeceğini izlemekte yarar vardır. Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Konseyine sunmuş olduğu katılım bildirgesi için bkz. (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st12/st12143.en08.pdf>, erişim 15 Kasım 2010).

¹⁰¹ Quebec Medeni Kanunu'nun 3079'uncu maddesine göre "meşru ve üstün çıkarlar gerektirdiği takdirde uyuşmazlığın sıkı bağlantıya sahip olduğu diğer bir devletin emredici hükümlerine etki verilebileceği; bunun için hükmün amacı ve uygulamasından doğacak sonuçların dikkate alınması gerektiği" ifade edilmiştir. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 60.

¹⁰² CHUKWUMERİJE, s. 185.

¹⁰³ CHUKWUMERİJE, s. 185.

¹⁰⁴ 1971 Tarihli Restatement II, paragraf 187, bkz. SYMEONIDES, Symeon, *American Private International Law*, The Netherlands 2008, s. 197-198.

¹⁰⁵ Temel faktör olarak Birleşik Krallık'ın diğer *common law* ülkeleri üzerindeki etkinliği yadsınamaz. Yukarıda ifade edilen çekince genellikle İngiltere'deki hukukçular tarafından dile getirilmiş ve diğer *common law* ülke hukukçuları da bu çekinceye katılmışlardır. Bkz. CHUKWUMERİJE, s. 185-186.

¹⁰⁶ NOMER/ŞANLI, s. 182.

MÖHUK m. 31 düzenlemesindeki diğer önemli unsur ise uluslararası sözleşmeler ile uyumlu olması esaslıdır. Çeşitli uluslararası metinlerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları kendisine yer bulmuştur. Bu duruma verilebilecek en güzel örneklerden biri; Acente Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Konvansiyonu'nun 16. maddesidir¹⁰⁷. Bu maddeye göre, tarafların hukuk seçimi ne olursa olsun sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulanmak zorundadır¹⁰⁸. Konvansiyonun gerekçesine ilişkin olarak düzenlenen raporda¹⁰⁹ bu hükmün üçüncü devletin emredici kurallarının uygulanması için güçlü gerekçeler olduğu durumlarda uygulanabileceği ifade edilmiştir¹¹⁰. Bu konudaki en önemli uluslararası düzenleme Roma Konvansiyonu idi. MÖHUK'u hazırlama komisyonu m. 31'in hazırlanmasında Roma Konvansiyonu'nu ve kanunu hazırlarken henüz taslak halinde olan ve 2008 yılında yürürlüğe giren Roma I Tüzüğü'nü de dikkate almıştır. Ancak Roma I Tüzüğü'nün oluşturulması esnasında en çok tartışılan konularından biri olması itibarıyla son ana kadar Tüzüğün ilgili maddesi netleştirilememiştir. Roma I Tüzüğü'ndeki düzenleme, yeni MÖHUK'un çalışmaları sırasında Roma Konvansiyonu'ndaki düzenleme ile paralellik gösteriyordu. Bu sebeple MÖHUK'u hazırlayan Komisyon, Roma Konvansiyonu'nun sözleşme ile sıkı ilişki içindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen m. 7/1'e göre yeni düzenlemeyi yapmıştır. Ancak, Roma I Tüzüğü'ndeki sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları maddesinin taslak hali üzerinde yapılan şiddetli tartışmaların sonucunda¹¹¹, son anda madde metninde önemli değişiklikler yapılarak, Roma I Tüzüğü 2008 yılında kabul edilmiştir. Yapılan bu değişiklikler sonucunda, ilgili madde, Roma Konvansiyonu'ndaki 7'inci maddeden farklı şekilde düzenlenmiştir. Sonuç olarak, Roma Konvansiyonu'na paralel bir düzenleme yapılarak 2007 yılının sonunda yürürlüğe giren MÖHUK'un 31. maddesi, Avrupa Birliği'nin güncel düzenlemesi olan Roma I Tüzüğü'ndeki hükümden farklı olmuştur. Burada

¹⁰⁷ CHUKWUMERİJE, s. 188.

¹⁰⁸ CHUKWUMERİJE, s. 188.

¹⁰⁹ KARSTEN, I.G.F., Rapport Explicatif, Conference de La Haye de droit international prive, Actes et documents de la treizieme session, IV, Contrats d'intermediaires, s. 404, ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59'dan naklen.

¹¹⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59.

¹¹¹ HARRIS, Jonathan, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation, in FERRARI, Franco/LEIBLE (eds), Stefan, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich 2009, s. 269.

düşünülmesi gereken husus; MÖHUK m. 31'in uluslararası sözleşmelerdeki görüş ve ilkelerden geri kalıp kalmadığıdır.

V. MÖHUK M. 31'İN UYGULANMASI VE UYGULAMA SORUNUNUN İNCELENMESİ

Bilgimiz dâhilinde MÖHUK m. 31'e ilişkin yargıya intikal etmiş bir durum henüz olmamıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere MÖHUK m. 31 hazırlanırken Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci maddesi model olarak alınmıştır. Dolayısıyla Konvansiyonun 7/1'inci maddesi için yapılan değerlendirmeler ve tartışmalar ışığında madde 31'in uygulamasında ortaya çıkması muhtemel sorunları ve bunların nasıl bertaraf edileceğini ortaya koymaya çalışacağız.

Konunun detayına girmeden önce MÖHUK m. 31'in neyi düzenlemekte olduğunu, kanunun ifadesini kullanarak açıklamanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Doğrudan uygulanan kurallar başlığı altında düzenlenen madde, aşağıda ifade edildiği şekilde düzenlenmiştir: “Sözleşmeden doğan ilişkinin tabii olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına *etki tanınabilir*. Söz konusu kurallara *etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.*”¹¹² Kanun maddesi dikkatlice analiz edilirse görülecektir ki MÖHUK m. 31'in kendisine uygulama alanı bulabilmesi için temelde aranan iki unsur vardır: Birincisi, sözleşme ile “sıkı ilişki” içinde değildir. İkincisi ise, korunmaya değer üstün bir menfaatin varlığıdır¹¹³.

Bu unsurlardan birincisi, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma alanı bulabilmesi için, doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu ülke ile sözleşme arasında sıkı ilişki olmalıdır¹¹⁴. Başka bir ifade ile üçüncü devlet sözleşme ile yakından ve gerçekten bağlantılı olmalıdır. Ancak bu sıkı ilişkinin tespiti her zaman aynı açıklıkta ve kolaylıkta olmamaktadır. Bundan dolayı sıkı ilişkinin tespitinde bazı sorunlar ve eleştiriler ile karşılaşmaktadır.

¹¹² MÖHUK m. 31'in Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci maddesinden temel farkı; MÖHUK'ta “kurala sadece etki tanınması ihtimaline değil; aynı zamanda kuralın uygulanması ihtimaline de yer verilmiştir.” Bkz. BAYATA CANYAŞ, s. 160.

¹¹³ DOĞAN, s. 308-309; EKŞİ, s. 161-162; NOMER/ŞANLI, s. 325-326.

¹¹⁴ NOMER/ŞANLI, s. 326.

Bu sorunlardan birincisi sıkı ilişki değerlendirilirken hangi unsurlar göz önüne alınmalı ve bu unsurların ağırlığı/derecesi ne olmalı sorusudur¹¹⁵. Sıkı ilişkinin tespitinde dikkate alınması gereken kriterler olarak doktrinde genel kabul gören görüş yerleşim yeri, mutad mesken, tüzel kişilerin merkezi, ifa mahalli gibi maddi bağlama kriterleridir¹¹⁶. Burada sıkı ilişkiyi ortaya koyan bu bağlama noktaları sözleşmelerin bir veya iki devletle ilişkisi olduğu durumlarda belki olayın çözümünde yararlı olacaktır. Ancak, günümüzde ticari hayat o kadar karmaşıklaşmıştır ki yukarıda belirtilen bağlama noktaları sonucunda, birçok devlet sözleşme ile sıkı bağlantılı konuma gelmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin ifa yeri bir devleti, borçlunun ikametgâhı bir başka devleti, sözleşmenin yapıldığı yerin bunların dışında bir başka devleti işaret ettiği durumlarda, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta bütün bu ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarını sözleşmeye/uyuşmazlığa uygulayacak mıdır? Bu durum sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bir belirsizlik meydana getirir mi? Özellikle *common law* sistemine bağlı hukukçular tarafından dile getirilen sözleşme ile sıkı ilişki içerisinde bulunan üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının, sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik yaratacağı eleştirisi¹¹⁷ dikkate alınmalıdır. Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak, tarafların hukuk seçimi iradesini sınırlar. Tarafların serbest iradeleri ile sağladığı kesinlik ve belirlilik, Roma Konvansiyonu'nun 7/1 maddesi kapsamında ortadan kalkmaktadır. Bu düzenleme, tarafların hukuk seçimi ile belirledikleri hukuka istisna getirmekte ve taraflarca seçilen veya objektif bağlama kuralları sonucu tespit edilen hukukun uygulanmasını engellemektedir. Bu engelleme ile ortaya çıkan duruma belirsizlik denebilir. Ancak unutulmaması gereken nokta, devletler her ne kadar taraflara kendi menfaatlerini korumak için sözleşme ile hukuk seçme izni vermişse de devletler aynı zamanda toplumun üstün menfaatlerini de korumak ve kollamak durumundadırlar¹¹⁸. Dolayısıyla doğrudan uygulanan kurallar sözleşme tarafları için bir belirsizlik ortaya koyuyor olabilir ancak aynı kurallar, toplumun menfaatleri açısından bir belirlilik ortaya koymayı amaçlamaktadır.

¹¹⁵ CLARKSON/HILL, s. 228.

¹¹⁶ DOĞAN, s. 309; KÖSOĞLU, s. 160; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 70.

¹¹⁷ NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 738; KÖSOĞLU, s. 168.

¹¹⁸ CHUKWUMERIE, s. 187.

Diğer temel sorun ise, “sıkı ilişki” kavramı ile tam olarak ne anlaşılması gerektiğidir¹¹⁹. Sıkı ilişkinin derecesinin ne olması gerekir ki MÖHUK m. 31 uygulama alanı bulabilsin¹²⁰? Zira MÖHUK 31. maddesinde “... sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir” ifadesine yer vermiştir. Kanun koyucu madde metninde “sözleşme ile sıkı bağlantı olduğu takdirde” ifadesi kullanıyor ancak neyin sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde olması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymuyor. Diğer bir ifadeyle, sözleşme ile sıkı ilişki içinde olması gerekenin üçüncü devletin hukuku mu yoksa üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının mı olduğu açık değildir. Maddenin gerekçesine baktığımız zaman “Bu tip [doğrudan uygulanan] kuralların sözleşme ile ilgili üçüncü devlet hukukunda yer alması halinde de sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabileceği...”¹²¹ ifadesini buluruz. Buradan anlaşılması gereken, sözleşme ile üçüncü devletin hukukunun sıkı bağlantı içerisinde olmasıdır. Ancak bu bağlantı tek başına yeterli değildir. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının da sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde olması gerekir. Bu durumu tamamlayıcı unsur olarak değerlendirebiliriz. Zira Roma Konvansiyonu madde 7/1’in uygulanması noktasında doktrinde benzer yaklaşımlar olmuştur¹²².

Bayata Canyaş ise sıkı ilişkinin ne şekilde ortaya çıkabileceği noktasında ikili bir ayırım yapmıştır. Birinci ayırıma göre, sıkı ilişki öncelikle sözleşme ile üçüncü ülkenin hukuku arasında kurulmalıdır. Daha sonra ise, sözleşme ile hukuku arasında sıkı ilişki kurulan devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağını değerlendirilmesiyle sıkı ilişkinin belirlenmesidir. İkinci ayırım ise, direkt olarak üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşme üzerindeki etkisi nedeniyle etki tanınması sonucu sıkı ilişkinin kurulmasıdır¹²³. Bu ikili ayırımın pratik sonucu takdir yetkisini kullanmadaki sınırların ortaya konmasıdır¹²⁴. Zira birinci ihtimalde,

¹¹⁹ NOMER/ŞANLI, s. 326.

¹²⁰ CLARKSON/HILL, s. 228.

¹²¹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 22; TİRYAKIOĞLU/AYGÜN/KÜÇÜK, s. 147.

¹²² The Harvard Law Review Association, Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Harvard Law Review* 2001, Vol.114, No.8, s. (2462-2477) 2475.

¹²³ BAYATA CANYAŞ, s. 157.

¹²⁴ BAYATA CANYAŞ, s. 157.

üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, sözleşmeye direkt olarak etki etmemiştir. Ancak hâkim, karşılıklılık, uluslararası işbirliği ve uyum gibi genel kabul gören ilkeler neticesinde sözleşme ile üçüncü bir ülkenin hukuku arasında sıkı ilişki tespitini yapar. Daha sonra ise, hâkim, sıkı ilişki tespit edilen ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağına karar verir. Bu ihtimalde, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin hükümlerinin yerine getirilmesinde bir olumsuzluk meydana getirmemiştir. Ancak, sözleşmenin edimlerinin sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının ihmal edilerek yerine getirilmesine hâkimce izin verilmesi halinde, yukarıda belirtilen ilkelere aykırı hareket edilmiş olunur. İkinci olasılıkta ise üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmeye doğrudan etki etmiş durumdadır. Örneğin, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin ithalat-ihracat yasağı sonucu tarafın veya tarafların edimlerinin ifası imkânsız hale gelmiş olabilir. Eğer ifa imkânsız hale gelmiş ise, hâkimin yapması gereken iş, var olan bu somut durum için üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağına karar vermesidir. Hemen belirtelim ki burada hâkimin takdir yetkisi birinci olasılığa göre daha sınırlıdır¹²⁵.

Diğer bir eleştiri ise yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için gerekli olan “sıkı ilişki” kriterinin çok geniş kapsamlı olmasıdır. “Sıkı ilişki” kriterinin kapsamının belirlenememesi nedeniyle bu kriterin mevzuat düzenlemesi için uygun olmadığı görüşü ortaya konmuştur¹²⁶. Belki de bu görüşe verilen önemin sonucunda, Roma Konvansiyonu’ndaki “sıkı ilişki” kriteri Roma I Tüzüğü’nde kullanılmamıştır. Yerine “sıkı ilişki” kriterinden daha dar kapsamlı bir ifade tercih edilmiştir. Roma I Tüzüğü madde 9/3’deki ifadede sadece “sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına...¹²⁷ etki tanınabileceği belirtilmiştir. Maddenin devamında ise, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ancak sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılması halinde etki tanınabileceğini ifade edilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere *common law* hukukçularının etkin eleştirileri ve talepleri sonucu sıkı ilişki kıstası terk

¹²⁵ BAYATA CANYAŞ, s. 157-163.

¹²⁶ NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 738.

¹²⁷ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 385.

edilerek yerine daha dar kapsamlı olan bir düzenleme yapılmıştır¹²⁸. *Common law* sisteminin uygulamasına yakın bu yeni yaklaşım,¹²⁹ sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşmeye belirsizlik getirdiği eleştirisini sınırlamıştır.

Sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için gereken ikinci unsur ise korunmaya değer üstün bir menfaatin varlığıdır. Burada hâkimin kendi hukuk anlayışına göre, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasında doğrudan kuralları uygulanan devletin korunmaya değer üstün bir menfaatinin olup olmadığının tayinini yapması gereklidir. Yapılan bu tayin sonucunda hâkim doğrudan uygulanan kuralları uygulanacak devletin korunmaya değer üstün bir menfaati olduğuna karar verir ise, hâkim tarafından yapılması gereken işlem, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyıp tanınmayacağına karar vermesidir¹³⁰. Hâkim bunu yaparken ilgili kuralın yapısına, amacına, uygulandıklarında ve uygulanmadıklarında ortaya çıkacak sonuçlara bakacaktır. Dikkat edilir ise burada hâkime yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyıp tanımama noktasında bir takdir yetkisi verilmiştir. Verilen bu takdir yetkisi sebebiyle, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki her devletin doğrudan uygulanan kurallarının doğrudan uygulama alanı bulamayacağı açıktır¹³¹.

Kanun koyucu, yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının hangi şartlar altında uygulanacağını hâkime takdir yetkisi bırakarak hüküm altına almıştır. Yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına hâkime verilen bu takdir yetkisi ile sınırlama getirilmiştir. Ancak getirilen bu sınırlama, olası bütün sorunları ortadan kaldırmaya yetmiyor ve yeni sorunlar ortaya çıkarıyor denilebilir. En büyük sorun hâkimlere tanınan açık takdir yetkisinin sonucu ortaya çıkabilecek farklı uygulamadır¹³². Hâkimler, bu geniş takdir yetkisine istinaden, olayları kendi anlayışlarına göre yorumlayıp benzer olaylarda farklı kararlar verebilirler. Çünkü, kanun koyucu sözleşme ile sıkı bir ilişki içinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulayıp uygulamama konusunda hakime verilen takdir yetkisinin

¹²⁸ HARRIS, s. 269.

¹²⁹ BRIGGS, Adrian, *The Conflict of Laws*, 2nd ed., Oxford 2008, s. 181.

¹³⁰ DOĞAN, s. 309.

¹³¹ EKŞİ, s. 162.

¹³² PAUKNEROVA, s. 34.

hakim tarafından kullanılırken destek alınacak spesifik objektif kriterler koymamıştır. Verilen ölçütler ise, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının amacına, niteliğine, muhtevasına ve sonuçlarına bakma şeklindeki genel ölçütlerdir¹³³. Kanun koyucu genel ölçütler koymayı kasıtlı olarak tercih etmiş olabilir. Zira her somut durumu kanun ile düzenlemek imkânsız olduğundan, kanun koyucu kanunu soyut olarak bırakıp hâkimlerin her somut dava için değerlendirme yapmasına imkân vermiştir. Hâkim, önüne gelen somut olayın özelliklerini dikkate alarak, sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını uygulama veya uygulamama yönünde karar verecektir. Hâkim, yaptığı değerlendirme sonucunda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımama yönünde bir karar verebilir. Bu durumda hâkimden beklenen davranış ise, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını hangi gerekçeler ile uygulamadığını ortaya koymasındır¹³⁴.

Hâkimin takdir yetkisi geniş olmasına rağmen sınırsız değildir. Hâkimin sözleşme ile sıkı bağlantı içerisinde bulunan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilmesi için bu kuralların hâkimin hukuku ile bağdaşabilir olması gereklidir. Burada “bağdaşmadan” kastedilen “. . .hâkimin hukukunun bütünü ile bağdaşması değil, temel değerleri ile bağdaşması. . .”¹³⁵ dır. Temel değerlere aykırı ise o zaman kamu düzeni müdahalesi gerekecektir. Böyle bir durumda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira hâkim her şeyden önce “kendi hukukunun temel değerlerini korumakla yükümlüdür”¹³⁶.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilmesi için normun uygulanması gerektiği inancının hâkimde oluşması gerekmektedir¹³⁷. Buradaki esas nokta sözleşmeye uygulanacak olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşmeye uygulanacağına ilişkin bir inancın oluşmasıdır. Tabii ki bunu yaparken uygulanacak kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf eden üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını tanımlamamış ve

¹³³ NOMER/ŞANLI, s. 326.

¹³⁴ DOĞAN, s. 308.

¹³⁵ DOĞAN, s. 309.

¹³⁶ DOĞAN, s. 309.

¹³⁷ DOĞAN, s. 308.

hangi kuralların müdahaleci kurallar olduğunu da saymamıştır¹³⁸. Dolayısıyla yapılması gereken hangi kuralların doğrudan uygulanan kurallar olduğunun tespit edilmesidir. Bu tespit yapılırken doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu devletin hukukundan istifade edilecektir¹³⁹.

Kuralın amacı, normun doğrudan uygulanan bir kural olup olmadığı konusunda hâkime yön verir¹⁴⁰. Ancak kuralın amacını, kanunun ifadesinden açık olarak her zaman anlamak mümkün olmayabilir. Bu durumda kuralı koyan devletin kuralı koymadaki amacına bakmak gerekmektedir¹⁴¹. Zira kuralı koyan devlet, koyduğu kuralın doğrudan uygulanan bir kural olup olmadığına tespitini en iyi kendisi yapacaktır¹⁴². Ancak, kuralı koyan devletin hukukunda veya mahkeme kararlarında bu konuda açıklık yoksa sözleşme ile sıkı ilişki içinde bulunan üçüncü devletin hukukunu uygulayacak olan hâkim kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığını kendi hukukuna göre belirleyebilecektir¹⁴³.

DEĞERLENDİRME

Roma Konvansiyonu'nun 7. maddesinin birinci fıkrası, Konvansiyondaki düzenlemeler içerisinde en fazla tartışılan bölüm olmuştur¹⁴⁴. Bu madde Konvansiyonun hazırlık çalışmaları sırasında,¹⁴⁵ sonrasında ve Roma I Tüzüğü'nün hazırlanması aşamasında çok tartışılmıştır. Bu tartışmaların sonucu olarak, Konvansiyona taraf devletlere Konvansiyonun 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasını uygulamama konusunda antlaşmaya çekince

¹³⁸ Roma Konvansiyonu'nun en çok eleştirilen noktalarından bir tanesi doğrudan uygulanan kuralların tanımının yapılmamasıdır. Bu eleştiri dikkate alınmış ve Roma I Tüzüğü'nün 9/1 maddesinde doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmıştır. Bkz. PAUKNEROVA, s.36-39.

¹³⁹ EKŞİ, s. 161-162.

¹⁴⁰ DOĞAN, s. 308; "Doğrudan uygulanan kuralları mevzuat içinde sistematik bir şekilde bulabilmek mümkün değildir. Bunları tespit edecek bir tanımlamada bulunmamaktadır. Mevzuat içindeki bir kanun bütün olarak doğrudan uygulanan kural olabileceği gibi, bir kanunun bir veya birkaç maddesinde bu niteliği taşıyabilir. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı kanunun ifadesinden ya da korumayı amaçladığı yarara bakılarak tespit edilebilir." Bkz. ERTEN, s. 252-253. (Yazarın metin içine yapmış olduğu atıflar dikkate alınmamıştır.)

¹⁴¹ DOĞAN, s. 186-187.

¹⁴² CLARKSON/HILL, s. 225.

¹⁴³ EKŞİ, s. 174.

¹⁴⁴ KÖSOĞLU, s. 166.

¹⁴⁵ EKŞİ, s. 168.

koyma hakkı Konvansiyonun 22/1(a)¹⁴⁶ maddesi uyarınca tanınmıştır¹⁴⁷. Bu izin doğrultusunda Birleşik Krallık,¹⁴⁸ Almanya,¹⁴⁹ İrlanda, Lüksemburg, Letonya, Portekiz ve Slovenya çekince koyarak bu Konvansiyonun 7/1 maddesini uygulamaktan imtina etmişlerdir¹⁵⁰.

Roma I Tüzüğü'nde düzenlenen sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını ise Danimarka dışında Avrupa Topluluğu'ndaki bütün devletler kabul etmiş ve uygulamaya koymuştur. Roma I Tüzüğü'nde Roma Konvansiyonu'na çekince koyan devletlerin sözleşme ile sıkı bağlantı içerisindeki üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulama noktasındaki endişelerini gideren nasıl bir değişiklik olmuştur ki bu devletler Roma I Tüzüğü'nde konuyu düzenleyen m. 9/3'ü kabul etmişlerdir?

Roma Konvansiyonu madde 7'ye getirilen temel eleştirilerden olan doğrudan uygulanan kuralların tanımının yapılmaması¹⁵¹ sonucu nelerin doğrudan uygulanan kurallar kapsamında kabul edileceğinin bilinmemesi eleştirisi¹⁵² Roma I Tüzüğü hazırlanırken dikkate alınmıştır¹⁵³. Tüzük, bu

¹⁴⁶ Roma Konvansiyonu'na dâhil olan her akit devletin Konvansiyonu imzalarken, kabul ederken, katılırken veya onaylarken Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci hükmünün uygulanması konusunda çekince koyabileceğini düzenleyen maddesidir.

¹⁴⁷ Roma Konvansiyonu'nun 7/1'inci maddesine çekince konmasına izin verilmesinin bir nedeni üye devletlerin hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanan kurallar konusunda farklı uygulamalar olmasıdır. Diğer nedeni ise maddenin uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik yaratması endişesinin varlığıdır. Başka bir ifadeyle, bu maddenin uygulamada meydana getireceği sorunlar ve zorluklar ile ilgili endişeler nedeniyle bu maddeye çekince konulmasına olanak tanınmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. EKŞİ, s. 173-174; GUIULIANO, Mario/LA-GARDE, Paul, Report on the Convention of the Law Applicable to Contractual Obligations, OJ 1980 C282, s. (1/50) 28.

¹⁴⁸ Bkz. Section 2(2) of the Contracts (Applicable Law) Act 1990; MILES, Wendy/WHEELER, Sarah, England & Wales, in Global Legal Group, The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2010: A Practical Cross-Border Insight into International Arbitration, s. (116-128) 119, (<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3807.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

¹⁴⁹ Almanya Roma Konvansiyonu'nun kanunlaştırma sürecinde değerlendirmede bulunurken her ne kadar bir kesim Konvansiyon'un 7/1'inci maddesinin kabul edilmesini gerektiğini savunsa bile ağırlıklı bir grup bu maddeyi "tehlükeli denizanası (gefaerliche Qualle)" olarak değerlendirmiştir. Detay bilgi için bkz. JUNKER, Abbo, Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen za präzisieren? 20 (2000) 2 IP Rax, s.72, EKŞİ, s. 173'den naklen.

¹⁵⁰ NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 738, dn. 627.

¹⁵¹ 5718 sayılı MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmamıştır.

¹⁵² NORTH/FAWCETT/CARRUTHERS, s. 729.

¹⁵³ BONOMI, Andrea, Mandatory Rules in Private International Law the Quest for Uniformity

bağlamda madde 9/1’de doğrudan uygulanan kurallara bir tanım getirmiş ve nelerin doğrudan uygulanan kurallar olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁴. Roma I Tüzüğü ile getirilen bu tanımın kaynağını *Arblade* davası¹⁵⁵ oluşturmuştur.

Diğer önemli nokta ise, Konvansiyonda kullanılan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma konusunda kullanılan “sıkı ilişki” kriteri yerine daha dar kapsamlı bir düzenleme ile “sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına” etki tanınabileceği kriterinin getirilmesidir. Bu yeni düzenleme Konvansiyon’un 7/1’inci maddesine çekince koyan pek çok devleti rahatlatan bir düzenleme olmuştur. Zira Tüzük ile getirilen bu yeni düzenleme ile doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabilecek sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki devlet sayısı sınırlanarak sözleşmeye “belirlilik ve öngörülebilirlik” getirilmek amaçlanmıştır. Dikkat edilecek olursa Tüzük ile getirilen bu yeni düzenleme Bayata Canyaş tarafından ifade edilen ve yukarıda bahsedilen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşme üzerindeki direkt ve ihmal edilemeyecek derecede sonuç doğuran durumlarda etki tanınması yönünde olmuştur¹⁵⁶. Maddenin devamında ise doğrudan uygulanan kurallara sözleşmenin ifasını imkânsız kıldığı takdirde etki tanınabileceğine hükmetmiştir. Bu durum ambargo, ithalat-ihracat yasakları gibi sözleşmeye temelden etki eden doğrudan uygulanan kurallara işaret etmektedir.

Ancak Tüzük ile getirilen bu yeni düzenleme her zaman için geçerli adil bir düzenleme midir? Roma I Tüzüğü ile getirilen bu sınırlama her durum için doğru bir uygulama mıdır? Roma I Tüzüğü madde 9/3 ile getirilen düzenleme ile üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının kapsamı daraltılmıştır¹⁵⁷. Bu kapsam daraltması ile sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmaktadır. Ancak, maddenin uygulamasının sadece

Decisions in a Global Environment I, in SARCEVIC, Petar and VOLKEN, Paul, Yearbook of Private International Law, Vol. I, Hague 1999, s. 21.

¹⁵⁴ “Doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin politik, sosyal veya ekonomik yapısı gibi kamusal menfaatlerini koruması nedeniyle o devlet tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda işbu Tüzük uyarınca o sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanacak derecede önemli görülen kurallardır.” Roma Tüzüğü m. 9/1’in çevirisi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 385.

¹⁵⁵ *Arblade Cases* C-369/96 [1999] ECR I-8453 and C-374/96[1998] ECR I-8385, para. 31.

¹⁵⁶ BAYATA CANYAŞ, s. 164.

¹⁵⁷ HARRIS, s. 269.

sözleşmenin ifa edildiği veya ifa edileceği yerin doğrudan uygulan kuralları ile sınırlı olması başka problemleri beraberinde getirmektedir¹⁵⁸. Örneğin; yapılan bir alım-satım sözleşmesi nedeniyle sözleşmenin ifa edildiği veya ifa edileceği yer dışında üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulan kurallarından olan ithalat-ihracat düzenlemelerini ihlal edilirse; veya ihraç eden ülkenin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki rekabet hukuku kurallarını ihlal edilirse ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu örnekler sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının geleneksel uygulamasıdır¹⁵⁹ ve Roma Tüzüğü ile kapsam dışında bırakılmıştır. Roma I Tüzüğü m. 9/3'ün kapsamını geniş yorumlanarak sözleşmenin ifa edildiği veya edileceği ülke dışındaki başka ülkelerin doğrudan uygulan kurallarını dikkate almak mümkün değildir¹⁶⁰. Zira madde metni tasarlanırken güdülen amaç maddenin kapsamını daraltılmasıdır.

Farazi bir örnek ile konuyu açıklayacak olursak; X ülkesinde kültürel varlıkların alım-satımının hukuka uygun olmasından dolayı X ülkesinin önemli kültür varlıklarından birinin satımı gerçekleşmiştir. Ancak X ülkesinde kültürel varlıklara ilişkin ihracat yasağı olmasından dolayı bu değerli eser ülkeden kaçak olarak çıkarılmıştır. Bu değerli eserin daha sonra tekrar A ile B arasında alım- satım sözleşmesine konu olduğunu ve satımın konusunu teşkil eden bu değerli parçanın Y ülkesinde teslim edileceğini kabul edelim. A ile B arasında ödeme konusunda ortaya çıkan ihtilafтан dolayı uyuşmazlık A ve B'nin vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları Z ülkesinde dava konusu haline getirilmiştir. Y ülkesinin serbest sanat eseri ticaretini savunan bir ülke olduğunu kabul edelim. Dolayısıyla, sanat eseri ticaretinin serbest olduğu bir ülkede, kültürel varlıkların satımını yasaklayan doğrudan uygulanan kuralların olması beklenemeyecektir. Şimdi, tarafların sözleşme ile seçtikleri hukuku (varsa) dikkate almaksızın, Roma I Tüzüğü kapsamında, Z ülkesinin hâkimi ancak sözleşmenin ifa edildiği veya ifa edileceği ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını uygulayacaktır. Y ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları içerisinde, kültürel varlıkların alım-satımını engelleyen bir kural olmadığından dolayı tarafların menfaatleri doğrultusunda alım satım gerçekleşebilecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta X ülkesinin menfaatinin ihlal edilmiştir. Zira

¹⁵⁸ TRAVNICKOVA, Simona, Limitations of Choice of Law – Mandatory Rules and International Mandatory Rules, s. (1-10) 8, (<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

¹⁵⁹ PAUKNEROVA, s. 40.

¹⁶⁰ PAUKNEROVA, s. 41.

kültürel varlık X ülkesine ait olup, X ülkesi dışına kaçak olarak çıkarılmıştır. Bu durumda, X ülkesinin menfaatinin korunması gereken bir menfaat olduğu açıktır. Tartışılması gereken nokta Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemenin tarafların menfaatlerini korumak için sınırlandırılmış olması, acaba tarafların menfaatleri ile denk belki de daha üstün olan devletlerin menfaatini kısıtlamış olması doğru bir yaklaşım mıdır? Burada "...klasik kanunlar ihtilâfı hukukunda, yabancı bir devletin menfaatini dikkate alma konusunda [kanun koyucunun] hukuki bir yükümlülüğünün bulunmadığı..."¹⁶¹ kabul edilse bile; devletler arasındaki karşılıklık, uluslararası karar uyumu, kültür varlıklarının korunması gibi günümüzde kabul gören unsurların, Z ülkesinin hâkimi tarafından göz önünde bulundurulması ve sözleşme ile sıkı bağlantılı olan ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması gereklidir. Tabii burada ifade edilmesi gereken bir başka olasılık daha vardır. Yukarıda ifade edilen olayda X ülkesinin ihracat yasağında, Y ülkesinin korunmaya değer bir menfaati bulunmadığından dolayı belki Roma I Tüzüğü kapsamında doğrudan uygulanan kurallar devreye girmeyecektir. Fakat dünyada genel manada kabul gören uluslararası kamu düzeni kapsamında değerlendirilen kültür varlıklarının buldukları yer ve konumda muhafaza edilmesi gerektiğinden¹⁶² hareketle Z ülkesinin hâkimi sözleşmenin geçersizliğine karar verebilecektir.

Roma I Tüzüğü, geleneksel olarak doğrudan uygulan kural kabul edilen bazı durumları kapsam dışında bırakmaktadır. Bu durum, her zaman kabul edilebilir bir uygulamayı beraberinde getirmemektedir. Dolayısıyla, bu konuya çözüm bulunması beklenmektedir. Sonuç olarak, Roma I Tüzüğü'nde düzenlenen doğrudan uygulan kurallarının kapsamının tekrar tartışmaya açılmasında yarar vardır¹⁶³.

Bu noktada sorulması gereken soru; Roma Konvansiyonu'ndaki ve yeni MÖHUK m. 31'deki düzenlemelerde geçen ve sıkı ilişkiyi belirlemede hâkime geniş takdir yetkisi bırakan yaklaşım daha doğru bir düzenleme midir? Roma Konvansiyonu'na paralel olan MÖHUK m. 31'in uygulanması noktasında doktrinde ciddi endişeler bulunmaktadır. Görüşünü kesin bir şekilde ifade eden Nomer ve Şanlı'ya göre "Türk mahkemelerinin, bu şart ve ihtimaller çerçevesinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının

¹⁶¹ NOMER/ŞANLI, s. 182.

¹⁶² NOMER/ŞANLI, s. 327; The Harvard Law Review Association, s. 2471; ÖZEL, Kültür Varlıkları, s. 414-415.

¹⁶³ PAUKNEROVA, s. 42.

etkisini belirleyebilmesi hiç de kolay bir konu değildir. Bu bakımından, 31. madde, Türk mahkemelerinde uygulaması olmayan bir madde olarak kalmaya mahkûm gözükmektedir”¹⁶⁴. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, MÖHUK 31. maddenin mevcut haliyle uygulanması sırasında “sıkı ilişkinin” tespitinin özellikle de karmaşık ticari ilişkilerde kolay olmayacağı ve hâkimin önüne çok karmaşık bir resim çıkaracağı kesindir. Buna karşılık, MÖHUK m. 31’de yapılacak bir değişiklik ile maddenin içeriği Roma Tüzüğü’ne paralel hale getirilirse; bu durumda sadece sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının, sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirmesi durumunda, hâkim tarafından etki tanınabilecektir. Bu durum, sözleşme ile sıkı bağlantılı olan diğer devletlerin politik, sosyal ya da ekonomik yapısından kaynaklanan kamusal menfaatlerin korunmaması sonucunu doğuracaktır. Diğer bir ifadeyle, hukuki belirlilik ve uygulanabilirlik yönünden Roma I Tüzüğü’ndeki uygulamanın “sıkı ilişkinin” tespitini kolay hale getirmesi nedeniyle uygulanabilir olacağı beklenmektedir. Ancak, yukarıdaki farazi örnekte ifade edildiği üzere Roma I Tüzüğü’ndeki düzenleme ile her durumda adil sonuçlara ulaşılamayacaktır. Dolayısıyla kanaatimiz MÖHUK m. 31’de bir değişiklik yapmanın gerek olup olmadığı konusunda kesin bir yorumun hem MÖHUK m. 31 ile ilgili uygulamayı hem de Roma I Tüzüğü m. 9/3’ün uygulamasını görmeden erken olacağı yönündedir. Zira her iki düzenleme de uygulamada henüz ciddi olarak test edilmemiştir.

VI. SONUÇ

Sonuç olarak, her ne kadar MÖHUK m. 31’in düzenlemesi Roma Konvansiyonu ile paralellik gösterip Avrupa Birliği’nin güncel uygulaması olan Roma I Tüzüğü’ndeki uygulamadan farklılık gösterse bile, MÖHUK madde 31’in sözleşme ile sıkı ilişki içerisindeki üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması konusunda hâkimlere yön vereceğinde şüphe yoktur. Başka bir ifade ile mevcut durum kanunda düzenleme bulunmadığı dönemde var olan tartışmalı uygulamadan daha iyidir. Ancak, Avrupa Birliği’ne girme yolunda adımlar atan ülkemizin, Avrupa Birliği müktesebatına uygun düzenlemeler yapması gerekmektedir. Avrupa Birliği’ne girildiği takdirde zorunlu olarak uygulayacak olduğumuz Roma I Tüzüğü’ne hazırlık amacıyla değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Fakat bu değişikliğin, Roma I Tüzüğü’nün ve MÖHUK’un ilgili maddelerinin

¹⁶⁴ NOMER/ŞANLI, s. 327.

uygulamaları görülüp değerlendirildikten sonra yapılması daha uygun olacaktır. Yapılan bu değerlendirme sonucunda, Tüzüğün ilgili maddesinin uygulanmasının daha iyi ve adil olduğu kanaatine varılır ise MÖHUK'un 31. maddesinin Roma I Tüzüğü ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır. Eğer Roma I Tüzüğü'ndeki uygulamanın adil olmadığı ve bizim düzenlememizin de uygulanmasının zor olduğu kanaati hâsıl olur ise bu durum doğrultusunda en uygun çözümü ortaya koyacak bir değişikliğe karar verilebilir.

KAYNAKÇA

ARMINJON, P., Les Lois Politiques Et Le Droit International Prive, Rev. de DIP, 1930, s. 385-396.

BAYATA CANYAŞ, F. Aslı, 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141-166.

BLESSING, Marc, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, Swiss Commercial Law Series, Vol. 9, Helbing & Linchtenhahn 1999.

BONELL, M. J, Article 1.4 (Mandatory Rules) Revised Comments, UNITROIT Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd), Fifth Session, Rome, 24-28 May 2010, s. 2-5, (<http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study50/s-50-115-e.pdf>, erişim 31 Aralık 2010).

BONOMI, Andrea, Mandatory Rules in Private International Law the Quest for Uniformity Decisions in a Global Environment I, in SARCEVIC, Petar and VOLKEN, Paul (eds), Yearbook of Private International Law, Vol. 1, Hague 1999.

BONOMI, Andrea, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some General Remarks” in BONOMI, Andrea, and VOLKEN, Paul (eds), Yearbook of Private International Law, Vol. 10, Berlin- New York 2008.

- BRIGGS, Adrian, *The Conflict of Laws*, 2nd ed., Oxford 2008.
- CHUKWUMERIJE, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994.
- CLARKSON, Chris M.V/HILL, Jonathan, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2nd ed., London 2002.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b. 10, İstanbul 2010.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara 2010.
- EKŞİ, Nuray, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, İstanbul 2004.
- ERDEM, Bahadır, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.
- ERTEN, Rıfat, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Ankara 2007.
- FRIEDMAN, W. G., *Public and Private Law Thinking: The Need for Synthesis*, *Wayne Law Review* 1959, C. 5, Sa. 3, s. 291-302.
- GIRSBERGER, Daniel, *Swiss Private International Law Act Compared to the New Turkish Act*, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.
- GUIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul, *Report on the Convention of the Law Applicable to Contractual Obligations*, OJ 1980 C282, s. 1-50.
- GÜNGÖR, Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara 2007.
- GÜNGÖR, Gülin, *The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The*

New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure, *Ankara Law Review* 2008, Vol. 5, No.1, s. 1-21.

HARRIS, Jonathan, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation, in FERRARI, Franco/LEIBLÉ (eds), Stefan, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich 2009.

JUNKER, Abbo, Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren? 20 (2000) 2 IP Rax, s. 72.

KARRER, Pierre /ARNOLD, Karl, Switzerland's Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, Deventer-Boston 1989.

KARSTEN, I.G.F., Rapport Explicatif, Conference de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la treizieme session, IV, Contrats d'intermediaires.

KASSIS, Antoine, Le Nouveau Droit Europeen Des Contrats Internationaux, Paris 1993.

KÖSOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, *MHB* 2008, Yıl: 28, Sa. 1-2, s. 147-172.

MILES, Wendy/WHEELER, Sarah, England & Wales, in Global Legal Group, The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2010: A Practical Cross-Border Insight into International Arbitration, s. 116-128, (<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3807.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 1-43, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>, erişim 20 Mart 2011).

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, b. 18, İstanbul 2010.

NORTH, Peter/FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14 ed., Oxford 2008.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.

ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008.

ÖZEL, Sibel, Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998.

PAUKNEROVA, Monika, Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law, *ERA Forum* 2010, s. 29-43, (<http://www.springerlink.com/content/15115h2424023717/fulltext.pdf>, erişim 31 Aralık 2010).

RENOLD, Marc-Andre, Les Conflicts De Lois En Droit Antitrust, Zurich 1991.

SANCAKTAR, Oğuz, Özelleştirmenin Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Sa. 1, s. 241-270.

SYMEONIDES, Symeon, American Private International Law, The Netherlands 2008.

TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara 1984.

TARMAN, Zeynep Derya, Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *AÜHFĐ* 2010, C. 59, Sa. 3, s. 521-550.

TARMAN, Zeynep Derya, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, *BATİDER* 2009, C. 25, Sa. 2, s. (299-332) 326.

TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, b. 9, İstanbul 2006.

TEKİNALP, Gülören, Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.

The Harvard Law Review Association, Article 7(1) of the European Contracts

Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Harvard Law Review* 2001, Vol.114, No. 8, s. 2462-2477.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara 1997.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin/AYGÜN, Mesut/KÜÇÜK, Esin, *Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı*, b. 5, Ankara 2010.

TRAVNICKOVA, Simona, Limitations of Choice of Law – Mandatory Rules and International Mandatory Rules, s. 1-10, (<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>, erişim 31 Mart 2011).

YÜKSEL, Mehmet, Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı ve Günümüzdeki Anlamı, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 2008, Sa. 41-42, s. 49-73.

BOŞ

VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN ZARAR VE TAZMİNİ

Ayşenur ŞAHİN*

ÖZET

Vücut bütünlüğünün ihlali, zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünün maddî veya manevî bir zarar meydana gelecek şekilde bozulmasını ifade etmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararlar ise vücut bütünlüğünün ihlali neticesinde meydana gelen maddî ve manevî eksilmeleri ifade etmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda ortaya çıkan maddî zararlar Borçlar Kanunu m. 46'da özel olarak hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen maddî zararlar, masraflar, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybindan doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar şeklinde tasnif edilebilir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan manevî tazminat talebi ise BK. m. 47'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince hâkim özel şartları da göz önünde bulundurarak, vücut bütünlüğü ihlal edilen kişiye manevî zarar olarak adalete uygun bir tazminat ödenmesine karar verebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vücut bütünlüğü, maddî zarar, manevî zarar, çalışma gücünün kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması

DAMAGES FOR BREACH OF THE INTEGRITY OF THE BODY

ABSTRACT

Body integrity of the breach, suffered a physical or mental integrity of the material or moral damage will occur to indicate corruption. Damages for breach of the integrity of the body resulting from a violation of the integrity of the body refers to the material and spiritual dropped. Body integrity of the financial losses resulting from a violation of the Code of Obligations Article 46 specifically stipulated. This is due to a violation of the integrity of the body in accordance with the terms of the assets from the financial losses suffered, costs, work force and economic losses arising from partial or complete loss of the future can be grouped in the form of damages arising from shake. Body integrity of the moral claim for breach of Article 47 of the Code of Obligations organized. This provision is also considering the particular circumstances of the judge in accordance with violation of physical integrity of the person, can decide in an equitable compensation as non-pecuniary damage.

Key Words: Body integrity, material damage, immaterial damage, loss of working capacity, collapse of the economic future

* Arş. Gör., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Vücut bütünlüğünün ihlâli, zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünün maddî veya manevî bir zarar meydana gelecek şekilde bozulmasını ifade etmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar ise vücut bütünlüğünün ihlâli neticesinde meydana gelen maddî ve manevî eksilmeleri ifade etmektedir.

Vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda ortaya çıkan maddî zararlar BK m. 46'da özel olarak hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen maddî zararlar, masraflar, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybindan doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar şeklinde tasnif edilebilir. Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan maddî zararlardan ilki doktrinde tedavi giderleri olarak da adlandırılan masraflardır. Zarar gören kişinin vücut bütünlüğünü eski hale getirmek yani iyileştirmek veya hastalığın artmasına engel olmak için yapmış olduğu masraflar bu kapsamda değerlendirilecektir. Bunun dışında vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin bu ihlâl nedeniyle tamamen veya kısmen çalışamaz duruma gelmesi ihtimalinde meydana gelen zararların da bu kapsamda tazmin edilmesi gerekmektedir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin maddî zarar kapsamında talep edebileceği son zarar kalemini ise ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar oluşturmaktadır. Bu tür zararlar ise zarar gören kişinin çalışma gücünde bir azalma meydana gelmese dahi iş piyasasında yeni bir iş bulması veya eski işini korumakta güçlük çekmesi veya aynı işte çalışsa dahi ihlâlden öncesine nazaran daha çok emek sarf etmek zorunda kalması nedeniyle ortaya çıkan zararlardır.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevî tazminat talebi ise BK m. 47'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince hâkim özel şartları da göz önünde bulundurarak vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişiye manevî zarar olarak adalete uygun bir tazminat ödenmesine karar verebilir.

VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN ZARARLAR

I. GENEL OLARAK

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeleri aynen veya nakden gidererek zarar

görenin zarar verici olay sonucunda malvarlığında eksilen değer yerine nitelik veya nicelik yönünden eş bir değer koymaktır¹. Zarar görenin malvarlığında eksilen değer yerine aynı nitelikte bir değer konulması mümkün olduğu takdirde bu değer; bu mümkün olmadığı takdirde, nicelik yönünden, yani para ile ona denk bir değer konulur ve zarar verenin yerine getirmek zorunda olduğu bu yükümlülüğe tazminat yükümlülüğü adı verilir².

Tazminat yükümlülüğünün, bir diğer ifadeyle zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının tespit edilebilmesi için, öncelikle zararın hesaplanması gerekmektedir. Ancak zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının üst sınırını zarar görenin uğradığı zarar oluşturduğundan, tespit edilen tazminat miktarının zararı geçmesi söz konusu olmaz³.

Zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile böyle bir olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farkı ifade eden zarar⁴, eşyaya ilişkin olabileceği gibi⁵ kişiye ilişkin de olabilecektir⁶. Bu anlamda çalışma konumuzun esasını oluşturan ve Borçlar Kanunu'muzda

¹ **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Tıpkı Basım, İstanbul 2009, s. 691, tazminatın amacına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **Haluk N. NOMER**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33 vd..

² **EREN**, s. 691; **Hüseyin HATEMİ**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, s. 96 vd.; **Aytekin ATAAY**, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1975, s. 88.

³ **EREN**, s. 692.

⁴ Zarar kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **EREN**, s. 472 vd.; **Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009, s. 514 vd.; **Selahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 545 vd.; **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2007, s. 209 vd.; **Safa REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirminci Bası, İstanbul 2008, s. 148,149; **Andreas von TUHR**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2, Ankara 1983, (Çev. Cevat EDEGE), s. 76 vd.; **Mehmet ÜNAL**, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD., C. 35, S. 1-4, s. 398 vd.; **Yeşim M. ATAMER**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s. 32, 33; **Kemal Tahir GÜRSOY**, Haksız Eylem(Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku), AÜHFD., C. 31, S. 1, s. 149 vd.; **ATAAY**, s. 71; **Aydın AYBAY**, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1995, s. 82.

⁵ **EREN**, s. 706, şeye ilişkin zarar konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 514 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 547 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 209, 210; **Mustafa TİFTİK**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 52.

⁶ **EREN**, s. 710, kişiye ilişkin zarar konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız, **KILIÇOĞLU**, s. 209, 210; **Henri DESCHENAU/Pierre TERCİER**, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, (Çev. Salim ÖZDEMİR), s. 21; **TİFTİK**, s. 52.

özel olarak düzenlenen vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların da kişiye ilişkin zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sorumluluğu doğuran olayın, zarar görenin vücut bütünlüğünü ihlâl etmesi hali BK. m. 46/I'de özel olarak hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince “*Cismani bir zarara düşürülen kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir*”. Bu hükme göre, vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı veya ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle uğradığı zarar ile birlikte yaptığı harcamaların tümünün de giderilmesini talep edebilir⁷.

Özel hüküm niteliğindeki BK. m. 46/I hükmü, genel hükümlerin uygulanmasını önlemesi dışında, sözleşme dışı sorumlulukta ve sözleşme sorumluluğunda da uygulama alanı bulacaktır⁸. Ayrıca bu hüküm yalnız Borçlar Hukuku alanında değil, özel kanunlarla düzenlenmiş tüm sorumluluk hukuku bakımından uygulanacaktır. Nitekim BK. m. 98/II “*Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur*” hükmü gereğince BK. m. 46 hükmü yalnız haksız fiil sorumluluğunda değil; aynı zamanda sözleşme sorumluluğunda da uygulama alanı bulur⁹.

Esas itibariyle vücut bütünlüğünün ihlâli, zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünün maddî veya manevî bir zarar meydana gelecek şekilde bozulmasını ifade etmektedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere vücut bütünlüğünün ihlâli, beden bütünlüğünün ihlâli şeklinde olabileceği gibi ruh bütünlüğünün ihlâli şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁰.

⁷ EREN, s. 711; OĞUZMAN/ÖZ, s. 557; KILIÇOĞLU, s. 304; Mehmet AYAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Konya 2007, s. 232; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 603; Metin GÜRBÜZ, Beden Tamliğının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini, Ankara 2001, s. 19; Fatma Tülay KARAKAŞ, Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi, AÜHFHD., C. 55, S. 2, s. 144, 145.

⁸ EREN, s. 711; Sema GÜLEÇ (UÇAKHAN), Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Yenilenmiş Geliştirilmiş 5. Bası, Ankara 2008, s. 237.

⁹ Ömer EKMEKÇİ, Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s. 91.

¹⁰ EREN, s. 711; OĞUZMAN/ÖZ, s. 557; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 603; Haluk TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 283; ATAAY, s. 302; Fahri ÇALKIN/Muhsin TUĞSAVUL, Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul 1948, s. 86, 87; REİSOĞLU, s. 195; DESCHENAU/TERCIER, s. 21; Kemaleddin BİRSEN, Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, İstanbul 1967, s. 223, 224;

Vücut bütünlüğünün ihlâli halinde, zarar görenin vücut bütünlüğü mekanik veya psîşik bir müdahale ile bozulmaktadır. Bu anlamda bir kişiye tokat atılması, bir kişinin delici veya kesici bir aletle yaralanması, gözün kör veya kulağın sağır olması ihtimallerinde, zarar görenin vücut bütünlüğü mekanik bir müdahale ile bozulmaktadır. Bunun dışında vücut bütünlüğünün psîşik müdahaleler sonucunda da bozulması mümkündür. Örneğin, korkutulan hamile bir kadının çocuğunu düşürmesi veya bir patlama sonucunda korkan kadının saçlarının dökülmesi gibi hallerde de vücut bütünlüğü psîşik bir etki sonucunda bozulmaktadır¹¹.

Vücut bütünlüğü gibi ruh bütünlüğünün ihlâli de mekanik bir etki veya güç sonucunda meydana gelebileceği gibi psîşik bir etki veya güç sonucunda da meydana gelebilir. Ruh bütünlüğünün ihlâli halinde her ne kadar zarar görenin anatomisinde bir değişme meydana gelmese de zarar görenin duygu, irade veya zekâ yeteneklerinde bir değişme meydana gelerek ruh sağlığı bozulmaktadır. Bu nedenle akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, sinir hastalığı, kişilik değişimi, fikri yorgunluk gibi hallerin de ruh bütünlüğünün ihlâline örnek olarak verilmesi mümkündür¹². Ayrıca bir fiilin beden ve ruh bütünlüğünü birlikte ihlâl etmesi de mümkündür. Bu nedenle bir kimsenin bedenine yapılan eziyet zarar görenin bedenine yaralanmasına neden olduğu gibi, bu kişinin duyacağı acının da ruh bütünlüğünü ihlâl edeceği kuşkusuzdur¹³.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar, vücut bütünlüğünün ihlâli neticesinde meydana gelen maddî ve manevî eksilmeleri ifade etmektedir¹⁴.

H. OSER/W. SCHÖNENBERGER, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Ankara 1950, (Çev. Recai SEÇKİN), s. 421; **EKMEKÇİ**, s. 92; **GÜRBÜZ**, s. 19; **AŞCIOĞLU**, s. 441; **Mustafa Reşit KARAHASAN**, Tazminat Hukuku Maddi Tazminat, Altıncı Bası, İstanbul 2001, s. 154; **GÜLEÇ**, s. 241; **Cemal ÖZTÜRKLER**, Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, Ankara 2003, s. 89; bu husus **Yargıtay 21. HD. E. 2003/2421, K. 2003/2555, T. 25.3.2003**'de "...cismani zarar kapsamına (B.K. 46. ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlâli sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği, bu maddelerde sadece maddî sağlık bütünlüğünün değil ruhsal ve sinirsel bütünlüğünde korunduğu öğretiler ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir..." şeklinde ifade edilmiştir, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

¹¹ **EREN**, s. 711; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 557, 558; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 603; **REİSOĞLU**, s. 195; **EKMEKÇİ**, s. 92; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 154.

¹² **EREN**, s. 711, 712; **EKMEKÇİ**, s. 92; **GÜLEÇ**, s. 240, 241.

¹³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 558.

¹⁴ **EREN**, s. 712; **GÜRBÜZ**, s. 21; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 157.

Vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunu doğuran kaza, suç oluşturan bir fiil, bir ameliyat veya sorumluluğu doğuran bir hastalık gibi ihlâl fiilleri zararın sebebinin oluşturmaktadır¹⁵.

II. MADDÎ ZARARLAR

A. Genel Olarak

Maddî zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır. Malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı arz edeceği durum ile fiil sonucu arz ettiği durum arasındaki fark, zararı oluşturur. Zarar malvarlığının aktifinin azalması, mahrum kalınan kâr veya pasifin artması şeklinde meydana gelebilir¹⁶.

Bir kimsenin malvarlığında rızası ile meydana gelen eksilmeler zarar olarak nitelendirilemez. Bu nedenle bir sözleşmeyle borç yüklenen kimsenin malvarlığının pasifinde meydana gelen artış veya bir malın mülkiyetini devreden kişinin malvarlığının azalması hallerinde bu azalmalarda rıza söz konusu olduğu için zarardan bahsetmek mümkün değildir. Ancak bir kimsenin uğramış olduğu haksız fiil sonucunda yapmak zorunda kaldığı masraflar veya yüklendiği bir borç zarar olarak nitelendirilir. Bunun dışında başkası tarafından yaralanan bir kişinin tedavi için yapmış olduğu masraflar da zarar olarak nitelendirilmektedir¹⁷. Bu şekilde vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda ortaya çıkan maddî zararlar BK. m. 46'da hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince, vücut bütünlüğünün ihlâli halinde mağdurun malvarlığında meydana gelmesi muhtemel olan azalmanın ve dolayısıyla maddî zararın türleri; masraflar, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybından doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar şeklinde düzenlenmiştir¹⁸. TBK. m. 54'te ise vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar, bedensel zararlar başlığı altında "*Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri 2. Kazanç kaybı 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*" şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵ EREN, s. 712.

¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 514.

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 514.

¹⁸ EREN, s. 712; TANDOĞAN, s. 283; Fahiman TEKİL, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981, s. 148; Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 468; ATAAY, s. 302, 303; Teoman AKÜNAL, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, s. 155; EKMEKÇİ, s. 93; GÜRBÜZ, s. 21; GÜLEÇ, s. 242; HATEMİ, s. 102.

B. Maddî Zararın Kapsamı

1. Masraflar

Vücut bütünlüğünün ihlâlî halinde zararın kapsamına vücut bütünlüğünü eski hale getirmek yani iyileştirmek için veya hastalığın artmasına engel olmak için yapılan masraflar girer. Yapılan tüm bu masraflar doktrinde tedavi masrafları olarak da adlandırılmaktadır¹⁹. Bu anlamda vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin iyileşmesi için yapılan muayene, tahlil, tedavi, ambulans, ameliyat, hastane, ilaç, bakım gibi masraflar bu kapsamda değerlendirilir. Bunun dışında zarar görenin bir organını kaybetmesi halinde bu organ yerine kendisine takılan organ veya protezler için yapılan masrafların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir²⁰. Ayrıca vücut bütünlüğünün ihlâlının tedavisi dışında yol açtığı, sürekli başka bir kişinin bakımına muhtaç olunması nedeniyle yapılan masraflar da bu kapsama dâhil edilecektir²¹. Bu nedenle zarar görenin evinde tedavi görmesi ihtimalinde hemşire veya hastabakıcı için yapmış olduğu masrafların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir²².

Doktrinde zarar görenin vücut bütünlüğünün ihlâlî nedeniyle yapmış olduğu avukat, hukuki danışma ve bunun gibi giderleri masraflar kapsamında talep edip edemeyeceğine ilişkin tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, vücut bütünlüğünün ihlâlî halinde zarar görenin avukat, hukuki danışma için yapmış olduğu giderler ihlâlî doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmadıkları için BK. m. 46'da düzenlenen masraf kapsamında değerlendirilmez²³. Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, vücut bütünlüğünün

¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 558; EREN, s. 712; KILIÇOĞLU, s. 304; EKMEKÇİ, s. 93; GÜRBÜZ, s. 21; Hasan Tahsin GÖKCAN/Seydi KAYMAZ, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta-Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Yenilenmiş Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2006, s. 607.

²⁰ EREN, s. 712; OĞUZMAN/ÖZ, s. 558; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 603; TEKİL, s. 148; TUNÇOMAĞ, s. 468; TANDOĞAN, s. 284; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Borçlar Hukuku, Yeniden İncelenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 1979, s. 481; AKÜNAL, s. 155; von TUHR, s. 367; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 421; BİRSEN, s. 233; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 87; REİSOĞLU, s. 196; KILIÇOĞLU, s. 304, 305; AYAN, s. 232; EKMEKÇİ, s. 93; GÜRBÜZ, s. 21; KARAHASAN, Tazminat, s. 157; AŞÇIOĞLU, s. 441; ÖZTÜRKLER, s. 92; Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2008, s. 95; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 607; GÜLEÇ, s. 242, 243; Çetin AŞÇIOĞLU, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2008, s. 441.

²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 558; GÜRBÜZ, s. 22.

²² EREN, s. 712; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 603; GÜRBÜZ, s. 22.

²³ EKMEKÇİ, s. 93, 94.

ihlâli nedeniyle yapılan avukat, hukuki danışma ve bilirkişi ücretlerinin de BK. m. 46 anlamında yapılan masraflar kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²⁴. Nitekim vücut bütünlüğü ihlâl edilmeseydi yapılmayacak olan bu masrafları zarar görenin BK. m. 46 anlamında talep etmemesi kanun koyucunun amacına aykırı bir yorum olarak değerlendirilebilir.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle yapılacak olan masraflar kapsamına bu ihlâlin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik masraflar dışında zarar görenin iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalık veya sakatlığa maruz kalması ihtimalinde bu eksikliklerin daha da artmasına engel olmak için yapılan masraflar da girer. Bundan başka zarar görenin yakınlarının hastaneye gelip giderken yapmış oldukları ulaşım giderleri de bu kişiler ile zarar gören arasında vekâlet ilişkisinin varlığı halinde yapılan masraflara dâhildir. Ancak bu kişilerle zarar gören arasında vekâlet ilişkisi bulunmaması halinde zarar görenin yapılan bu harcamaları zarar olarak talep edebilmesi için kendisinin yakınlarına veya üçüncü kişilere karşı vekâletsiz iş görme ilişkisi nedeniyle tazminat borçlusu olması gerekmektedir. Aksi takdirde yakınların hastaneye gelip gitmek için yapmış oldukları masraflar ahlaki bir ödev olduğu için istenemez²⁵.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle yapılan masraflara ilişkin tazminat davasında hüküm tarihine kadar yapılan masraflar dışında ileride yapılması muhtemel olduğu tespit edilen masraflar da talep edilebilir²⁶. Nitekim tazminat talebinde bulunabilmek için masrafların fiilen yapılmış olması gerekmez²⁷. Bu nedenle ilaçların belirli bir süre kullanılması veya zarar görenin belirli dönemlerde kontrol edilmesi veya belirli bir süre sonra bir ameliyat geçirmesinin gerekli olduğu hallerde ileride yapılacak bu masrafların da tazminat olarak talep edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda zarar görenin gele-

²⁴ EREN, s. 712; **Yargıtay 11. HD. E. 2003/2753, K. 2003/5873, T. 3.6.2003**'te "...davacı vekili bu dava nedeniyle noter ve apostil masrafı yaptığını iddia etmektedir. Söz konusu masrafların bu dava nedeniyle yapıldığının kanıtlanması halinde bu gider kalemlerini talep mümkündür. O halde mahkemece, söz konusu masrafların bu dava nedeniyle yapıp yapılmadığı araştırılmak ve sonucuna göre karar verilmek gerekirken, bu gider kaleminin reddi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir" şeklinde karar vermiştir, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

²⁵ EREN, s. 712, 713.

²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 558.

²⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 603; TEKİNAY, s. 481; EKMEKÇİ, s. 93.

cekte yapılması muhtemel masraflar bilirkişiye hesaplatılır²⁸. Tazminat hesaplanırken göz önünde bulundurulacak masrafların halin icabına uygun olması gerektiğinden, halin icabının gerektirmediği bir masraf fiilen yapılmış olsa dahi tazminat hesabında dikkate alınmaz. Ayrıca halin icabına uygun yapılan masrafların resmi hastane tarifesinden fazla olması bu masrafların tazminine engel oluşturmaz²⁹. Bunun gibi yapılan masrafların zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna da uygun olması gerekmektedir. Zarar gören bu masrafları bizzat yapmak zorunda kalsaydı nasıl bir hekim veya hastane seçecek idiyse, bu durumda da kendisine aynı koşulların sağlanması gerekmektedir³⁰.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle yapılan tedavi giderlerinin tazmininde, yapılan bu giderlerin bir tarifeye sınırlı olup olmadığı hususu uygulamada sıkça karşılaşılan bir sorundur. Uygulamada genellikle davalı özel hastanede yapılan tedavi giderlerine itiraz etmektedir. Ancak burada önemle belirtilmesi gereken husus, vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin çoğu zaman giderlerin seçimi hususunda etki etme yetkisinin olmamasıdır. Bu nedenle zarar gören tedavisini resmî bir hastanede yaptırmak zorunda olmadığı gibi, dilediği sağlık kurumunda yaptırmaya³¹, yurt içinde tedavinin mümkün olmadığı hallerde yurt dışında yaptırmaya hakkına da sahiptir³². Ancak vücut bütünlüğü

²⁸ EKMEKÇİ, s. 93.

²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 558, 559; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 604; ÖZ-TÜRKLER, s. 93.

³⁰ EREN, s. 713; Vücut bütünlüğünü ihlâl edilen kişi düşük sosyal ve ekonomik durumu nedeniyle bu giderleri kendisi yapmak zorunda olsaydı hangi tedavi giderlerini seçecek idiyse vücut bütünlüğünün ihlâli halinde de aynı tedavi giderlerini talep edebilmesi şeklindeki bir ölçütün insan onuruna ve eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin görüş için bakınız, EKMEKÇİ, s. 94; GÜRBÜZ, s. 24.

³¹ EKMEKÇİ, s. 94; AŞÇIOĞLU, s. 443; Yargıtay HGK. E. 1999/4-619, K. 1999/737, T. 29.9.1999'da "...Yaşam hakkı kişinin vazgeçilmez en önemli haklarından. Somut olaydaki gibi ağır yaralanma nedeniyle kişinin sosyal durumuna göre özel bir sağlık kurumunda tedavi görmesini doğal karşılamak gerekir. Olaydaki gibi, hayati tehlike doğuracak biçimde bir iç organın tahribatına maruz kalan kişinin mutlak surette devlet sağlık kurumlarında tedavi görmeye zorlanması, onun yaşam hakkının sınırlandırılması ve bu konuda tercih yapmasını engellemek sonucunu doğurur. O halde davacı Aysel'in tedavi gördüğü özel sağlık kurumunca düzenlenen sarf belgesine göre hüküm kurulması gerekirken yazılı biçimde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ...Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır..." şeklinde karar vermiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; benzer yöndeki bir başka karar için bakınız, Yargıtay 4. HD. E. 604, K. 2504, T. 20.3.1985, KARAHASAN, Tazminat, s. 160, 161.

³² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 604; EKMEKÇİ, s. 94; Yargıtay 4. HD. E. 1981/1247, K. 1981/3013, T. 11.3.1981'de "...Mahkemenin, davacı ana ve babanın yurt-

ihlâl edilen kişinin tedavisini dilediği sağlık kurumunda yaptırma hakkı, ona zarardan sorumlu olan kişiye zarar vermek amacıyla gereksiz yere yaptığı aşırı giderleri talep hakkı vermez. Bu anlamda yurt içinde yaptırılacak bir tedaviyi yurt dışında yaptıran zarar gören lehine tazminata hükmeden hâkim, bu tazminattan bir miktar indirim talep edebilir³³. Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişiye hastaneler tarafından imzalatılan boş senetlerdir. Bu şekilde vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin zor durumundan faydalanılarak imzalatılan senetler, gabin için gerekli olan edimler arasında açık oransızlık bulunması şartının da varlığı halinde, iptal edilebilir.

Vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda yapılan masrafların kim tarafından talep edileceği üzerinde önemle durulması gereken hususlardandır. BK. m. 46/1 “*Cismani zarara duçar olan kimse...*” ifadesiyle sadece zarar gören kişiye dava hakkını tanımıştır. Ancak yapılan masraflar bakımından bu hüküm özellik arz etmektedir. Şöyle ki; yapılan masraflar zarar görene bakmakla yükümlü olan kişiler tarafından yapılmış ise bu masrafları yapan kişilere de dava hakkı tanınmalıdır. Hükümdeki açık düzenleme nedeniyle üçüncü kişilerin yapmış oldukları masrafları zarar verene karşı dava yolu ile ileri sürme imkânları yoktur. Üçüncü kişiler yapmış oldukları bu masraflar için vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak zarar gören aleyhine dava açabilirler, bu takdirde zarar gören bu borçtan kurtarılarak üçüncü kişiler tarafından yapılan masrafların ödenmesini zarara sebep olanlardan dava yoluyla talep edebilir³⁴.

dışında davacı küçük için yaptıkları tedavi giderleri ile ilgili isteklerini kabul etmeyip bu talebi reddetmesi de, toplanan delillere ve gerçekleşen olgulara ters düşmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, B.K. 'nun 46/1. maddesinde yer alan (bütün masraflar) deyimi çok kapsamlıdır; öyle ki; zarar görenin kurtulması, sağlığının ve çalışma gücünün iadesi için yapılan ve özellikle de yapılması gerekli olan bütün giderler; zarar tutarının belirlenmesinde gözönünde bulundurulur. Bu giderlere, katlanmak zorunda kalınan ve uğranılan cismani zararın giderilmesi ile ilgili bulunan bütün giderler dahildir...” şeklinde karar vermiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³³ EKMEKÇİ, s. 94; Yargıtay 19. HD. E. 11522, K. 6888, T. 22.10.1993'te “...BK. 43/1. m. gereğince tedavi giderlerinin hal ve mevkiin icabına uygun yapılması gerekir. Bu itibarla, normal şartlarda tedavi masrafı yapılması ve ancak bunun talep edilmesi mümkün iken, lüks sağlık kuruluşunda yaptırılan tedavi nedeniyle oluşan masrafların karşı taraftan istenmesi suretiyle tazminat sorumluluğunun ağırlaştırılması adalete uygun düşmez...” şeklinde karar vermiştir, GÖKCAN/KAYMAZ, s. 713.

³⁴ GÜRBÜZ, s. 25; GÜLEÇ, s. 247.

2. Çalışma gücünün azalmasından veya kaybından doğan zararlar

a) Genel olarak

Borçlar Kanunu m. 46 gereğince vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi bu ihlâl nedeniyle tamamen veya kısmen çalışamaz duruma gelmişse, bundan doğan zararının tazminini de talep edebilir³⁵.

Çalışma gücü, doktrinde vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin beden ve fikir gücünün gelir getirici şekilde kullanılması olarak ifade edilmektedir³⁶. Hâkimin maddî tazminata karar verebilmesi için davacının vücut bütünlüğünde bir azalma veya eksilmenin olması yanında bu ihlâl nedeniyle maddî bir zarara uğramış olması da gerekir³⁷. Burada asıl önem arz eden husus kazanç kaybı veya azalması olmayıp, çalışma gücünün kaybı veya azalmasıdır. Çalışma gücünün kaybı veya azalması sebebiyle ortaya çıkan ekonomik eksilmeler ise zararı oluşturmaktadır. Bu anlamda vücut bütünlüğü ihlâl edilmeden önce zarar gören kazanç elde eden bir kimse olabileceği gibi herhangi bir kazanç elde etmeyen kişi de olabilir. Bunun gibi işsiz veya küçük bir çocuğun da ileride iş bulması ve meslek edinmesi ve bu nedenle kazanç elde etmesi de mümkündür³⁸.

Uygulamada kişinin vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan beden gücü kayıplarının gelirinde veya malvarlığında bir azalma meydana gelmese dahi tazminat gerektiği kabul edilmekte ve bu husus güç kaybı tazminatı olarak ifade edilmektedir. Bu durum ilk bakışta sorumluluk hukukundaki zarar kavramına aykırı gibi görünse de burada vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin aynı işi zarardan önceki durumu ve diğer kişilere göre daha fazla güç sarf ederek yaptığı gerçeğinden hareket edilmekte ve zararı, fazladan sarf edilen bu gücün oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu durumun zarar olarak ifade edilen malvarlığında eksilme ilkesiyle çeliştiği açıktır. Nitekim uygulamada çalışma gücündeki kayıp oranına ilişkin tıbbî veriler, başka bir araştırmaya gerek olmaksızın zararın belirlenmesinde kesin ölçü olarak alınmaktadır. Çalışma gücündeki kayıp oranı doğrudan zararın nedeni olurken, kazanma gücü-

³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 559; von TUHR, s. 367; BİRSEN, s. 233; AYBAY, s. 92; GÜLEÇ, s. 249.

³⁶ Benzer tanımlar için bakınız, EREN, s. 713; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 604; TEKİNAY, s. 481; TANDOĞAN, s. 285; AKÜNAL, s. 28; KARAHASAN, Tazminat, s. 163.

³⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 604; TEKİNAY, s. 481.

³⁸ EREN, s. 713.

ne olan etkisi araştırılmadığı gibi, zarar görenin bu ihlâl sonucunda aynı geliri elde etmeye devam etmesi üzerinde de durulmamaktadır. Ancak BK. m. 46’da maddî tazminat için çalışma gücünde kayıp meydana gelmesi yeterli görülmemekte, ayrıca gelir elde etme olasılığının azalması da aranmaktadır. Nitekim bu husus TBK. m. 53/III’de “*Çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar*” şeklinde düzenlenerek, yalnız çalışma gücündeki azalma değil, aynı zamanda kaybın yani zararın oluşması da aranmaktadır³⁹.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle çalışma gücünün azalmasından veya kaybindan doğan zararlar kapsamına davacının tazminata hüküm verileceği tarihe kadar olan kazanç mahrumiyetleri ile çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybının gelecekte yol açacağı kazanç mahrumiyetleri de girmektedir⁴⁰.

Zarar görenin hüküm tarihine kadar mahrum kaldığı kazancı ispat etmesi gerekmektedir. Zarar görenin ücretli çalışan olması ihtimalinde mahrum kalınan kazanç kapsamına yalnız ücret değil, zarar görene yapılan yan ödemeler de girer. Ayrıca zarar görenin çalışabilmiş olsaydı yararlanabileceği ücret artışlarının da mahrum kalınan kazanç olarak talep edilmesi mümkündür⁴¹.

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin ev hanımı olması ihtimalinde ise kocasını hizmetçi tutmaktan kurtararak aile bütçesine yaptığı katkıdan mahrum kalması da kazanç mahrumiyeti olarak değerlendirilir⁴².

³⁹ AŞÇIOĞLU, s. 448, 449; ÖZTÜRKLER, s. 298, 299; **Yargıtay 11. HD. E. 2005/3415, K. 2006/5510, T. 11.5.2006**’da “...BK. ’nın 46, maddesinde, cismani bir zarara uğrayan kimse- nin tamamen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten mütevellit zarar ve ziyan ile tüm masrafları isteyebileceği düzenlenmiştir. Davacının haksız eylem sonucu yaralanmasına bağlı olarak oluşan meslekte kazanma gücüne ilişkin kaybının işini yapmasına engel olmasa bile aynı işi meslektaşlarına oranla meydana gelen bu kayıptan dolayı daha fazla efor sarf ederek yapmak zorunda kalması halinde zarar gerçekleşmiştir” şeklinde karar vermiştir, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 4. HD. E. 3059, K. 3839, T. 19.4.1982**’de “... kişinin kalıcı nitelikteki sakatlıkları nedeniyle oluşan beden gücü kaybı nedeniyle gelirinde ve mal varlığında bir azalma meydana gelmemiş olsa dahi tazminatın gerekliliği kabul edilmekte ve bu güç kaybı tazminatı diye adlandırılmaktadır. Bunun ilk bakışta sorumluluk hukukunun zarar kavramına ters düştüğü ileri sürülebilir. Ancak burada beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı işi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla güç sarfıyla yaptığı gerçeğinden hareket edilerek bir anlamda zararı, fazladan sarf edilen bugünün oluşturduğu kabul edilmektedir...” şeklinde karar vermiştir, AŞÇIOĞLU, s. 448, 449.

⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 559; KILIÇOĞLU, s. 305; AYAN, s. 232, 233; REİSOĞLU, s. 196.

⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 559.

⁴² OĞUZMAN/ÖZ, s. 559; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, KARAKAŞ, s. 145 vd..

b) Çalışma gücünün geçici olarak kaybı

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen zarar gören kişi hüküm anında tamamen iyileşmiş, çalışma gücündeki azalma ortadan kalmış ise; çalışma gücünün kaybı nedeniyle istenebilecek tazminat, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmaması nedeniyle ortaya çıkan kazanç kayıplarından ibarettir⁴³. Yoksun kalınan kâr niteliğindeki bu zarar geçmişe ilişkindir⁴⁴. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ortaya çıkan zararlarla birlikte bu süre içerisinde zarar görenin iyileşmesi için yapılan masrafların da istenmesi mümkündür⁴⁵.

Bazı mesleklerde mağdurun çalışma gücünün geçici kaybının gelirine etkisi hemen kendini gösterir. Tek kişinin çalıştığı bir iş yerinde örneğin bir pazarcı esnafının yaralanması durumunda iş göremezlik etkisini derhal gösterir. Nitekim bu gibi durumlarda gelirin devamı için zarar görenin faaliyette bulunması gerekmektedir. Böyle bir ihtimalde zarar görenin yerine aile üyelerinin veya akrabalarının veya meslektaşlarından birinin yardım etmesi ihtimalinde ise yapılan bu yardımın paraya dönüştürülmesi gerekmektedir. Bu gibi hallerde zarara neden olanın ahlaki bir ödevin yerine getirildiğini ileri sürmesi mümkün değildir⁴⁶. Buna karşılık, ortağı ve işçileri bulunan bir iş yerinde çalışma gücünün geçici kaybının etkilerinin ortaya çıkması daha uzun bir zamanı gerektireceğinden, böyle bir durumda çalışma gücünün geçici kaybı süresinin fazla olup olmaması gelir kaybı tespit edilirken göz önünde bulundurulması gereken en önemli hususu oluşturur⁴⁷.

Henüz çalışmaya başlamamış biri için çalışma gücünün geçici kaybı kural olarak herhangi bir gelir kaybına neden olmaz. Fakat çocuklar açısından çalışma gücünün geçici kaybı okulu bitirmesini veya buna bağlı olarak çalışma hayatına başlamasını geciktirecektir. Bu gibi durumlarda okulun zamanın-

⁴³ EREN, s. 713; TUNÇOMAĞ, s. 469; TANDOĞAN, s. 285; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 422; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 87; GÜRBÜZ, s. 26; ÖZTÜRKLER, s. 89; EKMEKÇİ, s. 96; KARAHASAN, Tazminat, s. 164; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 609; AŞÇIOĞLU, s. 444 vd..

⁴⁴ EREN, s. 713.

⁴⁵ EREN, s. 713; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 609.

⁴⁶ EKMEKÇİ, s. 97; Yargıtay 4. HD. E. 1114, K. 3407, T. 8.4.1982'de "... bir meslek sahibi olduğu anlaşılan davacının (fayans ustası) hayatın normal akışına göre doktor raporunda belirtilen süre içinde bu olay meydana gelmemiş olsaydı çalışacağı asıldır. Aksi davalı tarafından kanıtlanmadıkça yaralanma nedeniyle iş ve gücünden kaldığı kabul edilmelidir. Mahkemenin davacının tazminat isteğini kanıtlanmamış olması nedeniyle reddi usul ve yasaya aykırıdır..." şeklinde karar vermiştir, AŞÇIOĞLU, s. 444.

⁴⁷ EKMEKÇİ, s. 97.

da bitmemesi nedeniyle yapılan giderler ile kaybedilen zaman süresinde bir iş karşılığı alınabilecek ücretin tazminat olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁸.

c) Çalışma gücünün sürekli olarak kaybı

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin çalışma gücü sürekli olarak azalmış veya kaybolmuşsa bu durumda zarar, geleceğe ilişkin farazi bir zarar olarak hesaplanacaktır⁴⁹. Nitekim burada yoksun kalınan kâr söz konusudur⁵⁰. Zarar görenin çalışma gücünde sürekli olarak meydana gelen kayıp tam olabileceği gibi kısmi de olabilir. Bu anlamda göz, ayak, el gibi organların sürekli olarak kaybedilmesi veya bu organların fonksiyonlarını yerine getiremez hale gelmesi durumunda çalışma gücünün sürekli kaybı söz konusudur⁵¹.

Çalışma gücünün sürekli kaybı nedeniyle ortaya çıkan zararın hesaplanmasında birtakım unsurların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu unsurları, çalışma gücündeki kaybın veya azalmanın oranı, zarar görenin gelir durumu, çalışma süresi ve bunun başlangıç anı, ameliyat veya devamlı tedavi şeklinde sıralamak mümkündür⁵².

(1) Çalışma gücündeki kaybın veya azalmanın oranı

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen zarar görenin çalışma gücünü ne oranda kaybettiği zararın hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gereken önemli unsurlardandır. Çalışma gücünde meydana gelen eksilmeler hesaplanırken zarar gören organ veya vücut kısmının türü göz önünde bulundurulması belirli tıbbi kurallar çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır⁵³.

Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ortaya çıkan zarar tespit edilirken bütün somut durumlar yanında; zarar görenin mesleki durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim vücuttaki farklı organlardaki eksiklikler zarar görenin mesleği üzerinde farklı şekilde olumsuz etki doğurabilecektir. Bu anlamda

⁴⁸ EKMEKÇİ, s. 97.

⁴⁹ EREN, s. 713, 714; REİSOĞLU, s. 196; KARAHASAN, Tazminat, s. 166; NOMER, Borçlar, s. 95; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 610.

⁵⁰ EREN, s. 713, 714; TANDOĞAN, s. 285; Mustafa Reşit KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995, s. 174.

⁵¹ EREN, s. 713, 714; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 610.

⁵² EREN, s. 714.

⁵³ EREN, s. 714; OĞUZMAN/ÖZ, s. 560; TUNÇOMAĞ, s. 469; TEKİNAY, s. 483, 484; KARAHASAN, Tazminat, s. 166; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611; GÜLEÇ, s. 252; AŞÇI-OĞLU, s. 450.

vücudun çeşitli kısımlarında meydana gelen eksikliklerin farklı meslekler için çalışma gücünü farklı şekilde etkilediği kuşkusuzdur. Örneğin, bir ayağın kaybı masa başında çalışan bir kişinin çalışma gücünde kısmen azalmaya neden olacakken; bir postacının ise mesleğini yürütmesine tamamen engel olacaktır. Bu nedenle yalnız sakatlık oranının tıbbi olarak tespiti yeterli olmamakta, ayrıca bu eksikliğin zarar görenin yürüttüğü meslekte çalışma gücünü hangi oranda etkileyeceğinin de bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁴.

Yapılan tüm bu araştırmalar neticesinde hâkim teknik bilirkişi raporuyla tam olarak bağlı olmadığından yapılan bu değerlendirmeleri takdir hakkı çerçevesinde değerlendirecek, gerektiğinde yeni bilirkişi raporu da isteyebilir⁵⁵.

Zarar görenin başka bir işte çalışmasının olanaklı olduğu hallerde zarar görenden meslek değiştirmesi de istenebilecektir⁵⁶. Bu talepte bulunabilmek için zarar görenin mesleki, fikri ve kişisel durumunun ve özellikle yaşı ve kapasitesinin yeni teklif edilen işe uygun olması gerekmektedir. Bundan başka mesleğini değiştiren zarar görenin uğramış olduğu ihlâlin yeni meslekte çalışma gücünü daha az oranda azaltacağıının da kesinlikle tespit edilmiş olması

⁵⁴ EREN, s. 714; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 608, 609; TUNÇOMAĞ, s. 469; OĞUZMAN/ÖZ, s. 560; TEKİNAY, s. 484; TANDOĞAN, s. 286, 287; GÜRBÜZ, s. 30,31; KARAHASAN, Tazminat, s. 166; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611; Eşitlik adaleti gereğince insan uzuvlarına ve insan hayatına farklı değerler biçilmemesi gerekmektedir. Fakat vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan maddi zararlar hesaplanırken istemeden de olsa sağlanan kazanca göre bir zarar ve tazminat belirlenmesi yapılmakta, asgari ücret ile çalışan bir işçinin parmağı ile bir piyanistin parmağının zarar görmesi nedeniyle ödenecek tazminat farklı olmaktadır, HATEMİ, s. 102; "...Çalışma gücünün kaybının tespitinde genel fonksiyon engelini tüm insanlar için aynı kabul edilen güç azalması, örneğin; çalışma gücü üzerindeki etkisi gibi, tıbbi-teorik ifa azalması önemlidir. Bu bağlamda, bir çiftçinin bacağıının kesilmesinin yarattığı çalışma gücü kaybı ile bir avukatın bacağıının kesilmesinin yarattığı çalışma gücü kaybı aynı olmaktadır..." görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, EKMEKÇİ, s. 102.

⁵⁵ EREN, s. 714; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611.

⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 609; EREN, s. 715; TUNÇOMAĞ, s. 470; TANDOĞAN, s. 287; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 422; GÜRBÜZ, s. 36; KARAHASAN, Tazminat, s. 168; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611; AŞÇIOĞLU, s. 453; Yargıtay HGK. E. 19474/60, K. 166, T. 16.4.1947'de "... zarar görenin devamlı sakatlığı sonucunda mesleğini yapamaması halinde bu meslekte başka bir işte çalışma mecburiyeti bulunmadığı, özellikle mesleği, tabela, resim boya ve tezyinata ait işleri yapmak olan bir sanatkarın gece bekçiliği yapmaya zorlanamayacağı, binaenaleyh kaçınması halinde bu fiilin, zararın doğumuna veya artmasına yardım ettiği düşüncesiyle iktisaden uğradığı yoksunluktan dolayı maddi tazminat talebinin reddine bir sebep teşkil etmeyeceği..." şeklinde karar vermiştir, GÜLEÇ, s. 329, 330.

gerekmektedir⁵⁷. Zarar görenin bu şekilde meslek değiştirmesi ihtimalinde ise zarar olarak göz önünde bulundurulacak husus, zarar görenin ilk mesleği ile son mesleği arasındaki farktır⁵⁸. Zarar gören meslek değiştirmesi eğitimine, sosyal durumuna ve yeteneklerine uygun olmasına rağmen meslek değişikliğini kabul etmezse zarar görenin bu hareketini kusur olarak kabul edip tazminattan bir miktar indirim yapılması mümkündür⁵⁹. Bununla birlikte çalışma gücünün azalması nedeniyle hükmedilecek tazminattan meslek değiştirmekten kaçınma nedeniyle indirim yapılabilmesi için zarar görenin söz konusu meslek bakımından gerekli nitelikleri taşıması ve fiilen böyle bir iş bulabileceğinin kesin olması gerekir⁶⁰. Ayrıca meslek değişikliğinin belirli bir eğitimi gerektirmesi ihtimalinde, eğitim için gerekli olan giderler de göz önünde bulundurulacak bunların da zararın miktarına dâhil edilmesi gerekir⁶¹.

(2) Zarar görenin gelir durumu

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan zararın tayininde zarar görenin elde ettiği gelir de önem arz eden hususlardandır. Zarar miktarı tespit edilirken göz önünde bulundurulacak olan gelir, zarar verici olayın meydana geldiği andaki gelir olmakla birlikte⁶² bu gelire zarar görenin ileriki yıllarda elde edeceği terfileri, ücret ve maaş yükselmeleri gibi gelir artışlarının da eklenmesi gerekmektedir⁶³. Ancak bütün çalışma süresince yükselme ve gelir artışı mümkün olmadığından bu artışların ileri yaşlarda sabit tutulması gerekmektedir⁶⁴.

⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; EREN, s. 715; TANDOĞAN, s. 287; TİFTİK, s. 119; GÜRBÜZ, s. 36.

⁵⁸ EREN, s. 715; TANDOĞAN, s. 287; REİSOĞLU, s. 196; GÜRBÜZ, s. 36, 37; KARAHASAN, Tazminat, s. 168; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611.

⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; EREN, s. 715; TANDOĞAN, s. 287, 288; TİFTİK, s. 119; GÜRBÜZ, s. 36, 37; KARAHASAN, Tazminat, s. 168; NOMER, Tazminat, s. 113.

⁶⁰ TİFTİK, s. 120; KARAHASAN, Tazminat, s. 169.

⁶¹ EREN, s. 715; TANDOĞAN, s. 287; TİFTİK, s. 119; GÜRBÜZ, s. 36.

⁶² EREN, s. 715; OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; TUNÇOMAĞ, s. 470; TANDOĞAN, s. 289; GÜRBÜZ, s. 28; Turgut ÖNEN, Borçlar Hukuku, Ankara 1995, s. 151; BİRSEN, s. 234; KARAHASAN, Tazminat, s. 170; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611; GÜLEÇ, s. 255; AŞCI-OĞLU, s. 451.

⁶³ EREN, s. 715; OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; TANDOĞAN, s. 289; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 88; GÜRBÜZ, s. 28; EKMEKÇİ, s. 104, 105; KARAHASAN, Tazminat, s. 170; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611.

⁶⁴ EREN, s. 715; OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; GÜRBÜZ, s. 28.

Zarar görenin meslek değiştirmesi ihtimalinde yeni meslekteki muhtemel geliri ve gelir artışlarının da zarar miktarı tespit edilirken göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zarar görenin bir çocuk olması durumunda ise çocuğun fikri ve fiziki yetenekleri ile ana babasının sosyal ve ekonomik durumu açısından yönelebileceği mesleğe göre ileride kazanabileceği muhtemel gelir, o niteliklere sahip ortalama bir çocuk dikkate alınarak hesaplanır⁶⁵.

Ev kadınlarının vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi halinde ise tazminat hesabında dikkate alınacak olan gelir, kadının anne ve ev hanımı olarak çalışmasının piyasadaki değeridir. Ancak kadının aynı zamanda gelir getiren bir faaliyette bulunması ihtimalinde ise bu faaliyetten elde edilen gelirin de tazminat hesabında göz önünde bulundurulması gerekir⁶⁶.

(3) Çalışma süresi ve bunun başlangıç anı

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle uğranılan zararın hesaplanmasında önem arz eden hususlardan biri de zarar görenin çalışma ve muhtemel yaşam süresidir⁶⁷.

Borçlar Kanunu m. 46 uyarınca vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin kısmen veya tamamen çalışmaması nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilmesi gerektiğinden, zarar gören çalışmaya başlamamışsa çalışmaya başlayacağı sürenin, çalışıyorsa çalışmasının devam edeceği sürenin hesaplanması gerekmektedir. Nitekim vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin gelir kaybı bu ihlâl olmasaydı gelir elde edebileceği süre boyunca söz konusu olacaktır. Bu nedenle zarar görenin ne kadar süre çalışacağı maddî zararın hesaplanması bakımından önem arz etmektedir⁶⁸.

Bir kimsenin çalışma süresinin hiçbir zaman ömrünün tüm süresi kadar uzun olamayacağı gerçeği de göz önünde bulundurularak çalışma süresi hesaplanırken zarar görenin mesleği, sağlık durumu ve yaşı gibi somut verilerin

⁶⁵ EREN, s. 715; TANDOĞAN, s. 288; AŞÇIOĞLU, s. 451.

⁶⁶ EKMEKÇİ, s. 105; Yargıtay 4. HD. E. 359, K. 4188, T. 24.3.1992'de "... davacının ev kadını olduğu başka bir işte çalışmadığı gerekçesiyle isteğinin reddine karar verilmiştir. Davacının dört ayda iyileşecek şekilde yaralanarak iş ve güçten kaldığı tartışmasızdır; bu süre içinde normal olarak yapması gereken ev işlerini başkasına yaptırması veya özveri göstererek kendisinin yapması zararı ve bundan davalının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Davalının bu gibi durumlarda zararın giderilmiş olmasından yararlanma hakkı yoktur..." şeklinde karar vermiştir, AŞÇIOĞLU, s. 446.

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 560; EREN, s. 715, 716; TUNÇOMAĞ, s. 470; TANDOĞAN, s. 290; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611; KARAHASAN, Tazminat, s. 171; GÜLEÇ, s. 255.

⁶⁸ EKMEKÇİ, s. 98.

dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay içtihatlarında olağan işlerde 60-65 yaş, ağır işlerde ise 50 yaş çalışma süresinin sınırı olarak kabul edilmektedir. Bu süreden zarar görenin vücut bütünlüğünün ihlâl edildiği andaki yaşı çıkarılarak geriye kalan kısım çalışma süresi olarak kabul edilmektedir⁶⁹. Zarar görenin vücut bütünlüğü ihlâl edildiği zaman bu yaş sınırını geçmiş olması ya da emekli olduktan sonra bir başka işte çalışması veya emekli olmamış olması ihtimallerinde ise çalışmaya devam eden mağdurun ihlâl tarihinden itibaren 5 yıl daha çalışabileceğinin kabul edilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür⁷⁰.

Zarar görenin muhtemel geliri hesaplanırken zarar görenin çalışma veya kazanç elde etmeye başlayacağı zamanın da tespiti önem arz etmektedir. Nitekim çalışma gücünün kaybı etkilerini ancak bu tarihlerden itibaren göstermeye başlayacaktır. Çocuklar için kazanç elde etmeye başlanılacak tarih hesaplanırken bu çocuğun yaşadığı bölge, aile durumu, çocuğun yürütmesi muhtemel meslek göz önünde bulundurularak 16, 18 veya 20 li yaşların esas alınması mümkündür⁷¹. Ayrıca yüksek öğrenimine devam eden çocuklar için daha ileri yaşlar tayin edilmelidir⁷².

(4) Ameliyat veya devamlı tedavi

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin sadece zararın artmasına engel olması her zaman yeterli olmamakta; bunun yanında zarar görenin genellikle zararı azaltma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda zarar gö-

⁶⁹ EREN, s. 715, 716; EKMEKÇİ, s. 98; KARAHASAN, Tazminat, s. 171, 172; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 611; GÜLEÇ, s. 272, 273; Yargıtay 11. HD. E. 2006/4787, K. 2006/7723, T. 29.6.2006'de "...Somut olayda, davacının uzman çavuş olduğu ve 60 yaşına kadar bu işte çalışacağı varsayılarak hesaplama yapılmış ve belirlenen bu miktar üzerinden maddi tazminata karar verilmiş ise de, 3269 Sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 5 maddesi gereğince, uzman erbaşların 45 yaşına kadar sözleşmelerinin uzatılabileceği hükme bağlanmıştır. Bilirkişi tarafından yapılan hesaplama bu nedenle itiraz edildiği halde, bilirkişi ek raporunda hesaplama tarzı değiştirilmemiştir. O halde mahkemece, anılan yasa hükmü de dikkate alınarak, davacının ne miktar gelir elde edebileceğinin bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle tespiti ile sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, itiraz noktalarını tam olarak karşılamayan, eksik incelemeye dayalı bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru görülmemiştir. Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın BOZULMASINA..." şeklinde karar vermiştir, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

⁷⁰ EKMEKÇİ, s. 98, 99.

⁷¹ EREN, s. 716; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 605; TANDOĞAN, s. 290; REİSOĞLU, s. 197; EKMEKÇİ, s. 99; GÜLEÇ, s. 289.

⁷² EREN, s. 716.

renin normal ve makul bir insandan beklenen tedbirleri almaktan kaçınması tazminattan indirim yapılmasını haklı kılmaktadır. Bu nedenle çalışma gücünde eksikliğe sebep olan bedensel zararlarda zarar görenin iyileşmesi için gerekli olan ameliyat veya tedaviden haklı bir sebep olmaksızın kaçınması, zararı azaltma veya artmasına engel olma yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu için zarar görene kusur olarak yüklenebilmektedir⁷³. Nitekim zarar gören ameliyat veya tedavi olarak çalışma gücünü artırabileceği halde çalışma gücünden tamamen yoksun kalması nedeniyle tazminat almak kendisine daha kolay geldiği için ameliyat olmaktan kaçınırsa; zararı azaltma veya zararın artmasına engel olma yükümlülüğünü ihlâl ettiği için hükmedilecek tazminata zarara sebep olma oranında indirim yapılması gerekir⁷⁴.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, zarar görenin uğramış olduğu zarar tespit edilirken zarar görenin çalışma gücünde meydana gelen eksilmenin bir ameliyat veya özel tedaviyi gerektirmesi halinde zarar görenin bu tedaviye rıza göstermiş olup olmadığına da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bunun için yapılacak ameliyat tehlikeli veya çok ızdırap verici olmamalı ve ameliyat sonunda zarar görenin durumunda bir iyileşme olacağı kuvvetle muhtemel olmalıdır. Ayrıca zarardan sorumlu olan kişinin ameliyat giderlerini önceden vermiş olması gerekmektedir. Bu anlamda tedavi veya ameliyata rıza göstermemenin zarar görene kusur olarak yükletilmesinin mümkün olduğu hallerde tazminat miktarında indirim yapılmalıdır. Yapılan ameliyat veya tedavinin zarar görenin durumunu daha da ağırlaştırması, hatta zarar görenin ölümüne neden olması halinde uygun illiyet bağı bulunması şartıyla meydana gelen bu zararlardan da zarar vereni sorumlu tutmak gerekmektedir⁷⁵.

3. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar BK. m. 46/I'de "*iktisaden mahrum kalacağı*

⁷³ TANDOĞAN, s. 289; TİFTİK, s. 120, 121.

⁷⁴ TİFTİK, s. 120, 121; KARAHASAN, Tazminat, s. 169; NOMER, Tazminat, s. 113.

⁷⁵ EREN, s. 716, 717; OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; TUNÇOMAĞ, s. 470; TANDOĞAN, s. 288, 289; TİFTİK, s. 122; GÜRBÜZ, s. 35, 36; KARAHASAN, Tazminat, s. 169, 170; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 610-612; GÜLEÇ, s. 254, 255; AŞÇIOĞLU, s. 453; Yargıtay 11. HD. E. 3979, K. 4046, T. 19.9.1980'de "...her ameliyatta ve olayda olduğu gibi bacak kemiği kırıklarına ilişkin ameliyatta her zaman belli bir oranda ölüm tehlikesi mevcuttur. Hiçbir hukuk düzeni, tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu durumda davacının ameliyat olmaması nedeniyle kendisinin zarar artırıcı bir davranışta bulunduğu kabulü ile indirim yapılması hukuk ve yasaya aykırıdır..." şeklinde karar vermiştir, KARAHASAN, Tazminat, s. 170, 171.

mahrumiyetten tevellüt eden zararlar” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin bu ihlâl nedeniyle ekonomik geleceği sarsılmış olabilir. Bu tür zararlar çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle ortaya çıkan zararlar dışında ekonomik geleceğin sarsılmasının meydana getirdiği zararlardır⁷⁶.

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar müstakbel zararlardır ve bu zararlar çalışma gücünde bir azalma olmasa dahi meydana gelmektedir⁷⁷. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi çalışma gücünde bir azalma meydana gelmesede dahi iş piyasasında yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekmekte veya aynı işte çalışsa dahi ihlâlden öncesine nazaran daha çok emek sarf etmek zorunda kalmaktadır. Hatta bu kişiler ihlâl fiili neticesinde işlerinden tamamen de çıkarılabilirler⁷⁸. Örneğin, zarar görenin genç bir kız olması halinde bu kişinin evlenme şansını kaybetmesi veya beden şeklinin önemli derece değişmesi, sakat kalması, sinir, akıl veya hafıza zayıflığına uğraması gibi hallerde de zarar görenin ekonomik geleceğinin sarıldığından bahsedilir⁷⁹.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan zararların çalışma gücünü mü azalttığı yoksa ekonomik geleceğin sarsılmasına mı neden olduğu hususunda kimi zaman tereddüt edilse de her iki zarar bakımından sonuç farkı bulunmamaktadır. Bu iki zarardan hangisi meydana gelirse gelsin tazmini gereken bir zararın varlığından bahsedilir. Nitekim iş gücünü azaltan birçok sakatlık veya hastalık hallerinde zarar görenin ekonomik geleceğinin de sarsılacağı şüphesizdir⁸⁰. Örneğin, sağ elini kullanan bir öğretmenin vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda sol elini kaybetmesi mesleği gereği onun çalışma gücünde doğrudan bir eksiklik meydana getirmemesine rağmen, bu kişinin ekonomik geleceğinin sarıldığından bahsetmek mümkündür. Nitekim bu öğretmen bir elini kaybettiği için mesleğinde ilerleme konusunda birtakım sıkıntılar yaşayacak, bunun dışında hayatını idame ettirebilmesi için yardıma

⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 562; von TUHR, s. 367, 368; BİRSEN, s. 235.

⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 562; EREN, s. 717; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; KILIÇOĞLU, s. 305; REİSOĞLU, s. 197; GÜRBÜZ, s. 39; ÖNEN, s. 152; NOMER, Borçlar, s. 95; EKMEKÇİ, s. 95; GÜLEÇ, s. 292.

⁷⁸ EREN, s. 717; TANDOĞAN, s. 293; GÜRBÜZ, s. 39.

⁷⁹ EREN, s. 717; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; TUNÇOMAĞ, s. 472; TEKİNAY, s. 486; BİRSEN, s. 235; REİSOĞLU, s. 197; ÖNEN, s. 152; GÜRBÜZ, s. 40; NOMER, Borçlar, s. 95; KARAHASAN, Tazminat, s. 263; GÜLEÇ, s. 291.

⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; EKMEKÇİ, s. 95; GÜLEÇ, s. 292.

ihtiyaç duyacaktır. Tüm bu nedenlerle vücut bütünlüğünün ihlâlinin ekonomik geleceğe ilişkin yaptığı bu tür olumsuz etkiler nedeniyle ortaya çıkacak zararların da tazmin edilmesi gerekmektedir⁸¹.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ekonomik geleceğin sarsılması özellikle mesleği nedeniyle toplumla sürekli iç içe olan kişiler bakımından ayrıca önem arz etmektedir⁸². Örneğin, vücut bütünlüğü ihlâl edilen bir bayan sinema sanatçısının yüzünde sabit bir iz kalması veya bir dansözün yüzünde veya karnında bir yara izinin kalması bu kişilerin çalışma güçlerinde fiilen bir eksiklik meydana getirmemekle birlikte iş bulmalarını zorlaştırabileceği gibi imkânsızlaştırabilir. Bu gibi durumlarda zarar gören ekonomik geleceği sarsılarak zarara uğratılmış olur⁸³.

⁸¹ TEKİNAY, s. 487; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612.

⁸² EREN, s. 717; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 88.

⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 562; EREN, s. 717; TANDOĞAN, s. 293; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 423, 424; TEKİNAY, s. 486; REİSOĞLU, s. 197; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 88; NOMER, Borçlar, s. 95; KARAHASAN, Tazminat, s. 263, 264; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 612; Doktrinde bu tür zararlar “*Estetik Zarar*” şeklinde ifade edilmiştir, estetik zarara ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, GÜRBÜZ, s. 40, 41; **Yargıtay 4. HD. E. 1978/13013, K. 1979/4136, T. 27.3.1979**’da “...Davacı bu davasında iyileştirme giderlerinde sayılan estetik ameliyat giderleriyle birlikte aynı zamanda ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararlarını da istemiştir. Kuşku yoktur ki, genellikle bedensel ve ruhsal tamlığın halele uğratılması hallerinde, bunun doğal sonucu olarak zarara uğrayan kişinin ekonomik geleceğinin de sarsıldığı bir olgu olarak kabul edilmek gerekir. Ayrıca bazı durumlarda ve özellikle bu davanın konusuna oluşturan olayda olduğu gibi, beden ve ruh tamlığının yani cismani bütünlüğünün ihlâli, çalışma gücünün hiç bir şekilde etkilenmemiş olmasına rağmen, zarara uğrayanın ekonomik ve mesleki alanda geleceğini, gelişme ve ilerlemesini tehlikeye koyabilir; o kimsenin çalışma gücünden tamamiyle yararlanmasına engel olabilir; kazancını etkileyebilir. Bu duruma örnek olarak, bu davamızda olduğu gibi, vücut tamlığının ihlâlinden doğan çirkinleşme gösterilebilir. Nitekim, davacı da yüzündeki sabit iz ve eserlerin terzilik mesleğini eskisi gibi yürütmesine engel olacağını ileri sürmektedir. Gerçekten, yüzü çirkinleşen kimselerin mutat uğraşmaları konusunda mevcut çalışma güçlerinden yararlanmaları, sağlıklı kişilerle rekabet etmeleri daha güçtür. Zira iş piyasasında, bedensel (fiziksel) yapısı tam olanın, sakat ve çirkin olanlara nazaran iş bulma ve kazanç sağlama olanakları daha fazladır. Bundan başka bazı mesleklerde güzelliğin, yüz ifadesinin önemi büyüktür. O halde, olayımızda olduğu gibi terzi olan davacının yüzünü bozan bir yara nedeniyle aslında çalışma gücü azalmamış, aynı mesleği yine de devam ettirmiş (yani mesleğin icrasına doğrudan doğruya engel olmamış) bulunmakla beraber, bu izler mesleğinde ilerlemesine engel ve dolayısıyla ekonomik geleceğinin sarsılmasına neden olmuş ise, yarayı meydana getiren davalılar bu yüzden doğacak olan zarardan sorumlu olacaklardır. Hatta, bir Federal Mahkeme kararında da vurgulandığı gibi, mağdur çirkinleşme bile, eskiden tanınmış olan yüz şeklinin değişmesi yüzünden ekonomik geleceği sarsılabilir ve bu sebepten ötürü tazminat isteyebilir...O halde, yukarıda yazılı nedenlerde ötürü davacı hem estetik ameliyatların gerektirdiği giderleri ve hem de gerçekleştiği takdirde ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararlarını istemekle haklıdır...” şeklinde karar vermiştir, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zarar hesaplanırken zarar görenin ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazanç ile ihlâl fiili sonucunda gelecekte elde edeceği muhtemel kazanç karşılaştırılmaldır⁸⁴. Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlarda da zarar görenin çalışma süresinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Doktrinde ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle yoksun kalınan kârın bağımsız bir zarar olması nedeniyle ayrı hesaplanması gerektiği ileri sürülmekle birlikte uygulamada ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar maddî ve manevî zarar içinde değerlendirilmektedir⁸⁵. Nitekim Yargıtay da haksız fiilden doğan beden eksikliklerinin ücret veya kazanç azalmasına doğrudan neden olmasa dahi geleceğe ilişkin bir zararın doğumuna neden olacağını kabul etmektedir⁸⁶.

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar hesaplanırken çalışma gücünün sürekli kaybı nedeniyle ortaya çıkan zararların hesaplanmasında göz önünde bulundurulan hususlar dikkate alınarak tazminat miktarı tayin edilir⁸⁷.

III. MANEVÎ ZARAR

A. Genel Olarak

Manevî zarar, bir kimsenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksiklikleri ifade etmektedir⁸⁸. Manevî tazminat ise zarar görenin kişilik

⁸⁴ EREN, s. 717, 718; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 612.

⁸⁵ EREN, s. 717, 718.

⁸⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 613; Yargıtay 11. HD. E. 2005/3415, K. 2006/5510, T. 11.5.2006'da "...Davacıya ait meskende meydana gelen tıp patlaması sonucu davacının yaralandığı, ellerinde yanıklar ve fonksiyon kaybı olduğu, bu nedenle meslekte kazanma gücünden kaybettiği anlaşılmıştır. Mahkemece, davacının öğretmen olup, ellerindeki yanıkların mesleğini yapmasına engel olmadığı, bu durumun maaşında azalmaya da yol açmadığı, ekonomik geleceğinin tehlikeye girmediği gerekçesiyle iş gücü kaybına dayalı maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. BK.'nin 46. maddesinde, cismani bir zarara uğrayan kimsenin tamamen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten mütevellit zarar ve ziyan ile tüm masrafları isteyebileceği düzenlenmiştir. Davacının haksız eylem sonucu yaralanmasına bağlı olarak oluşan meslekte kazanma gücüne ilişkin kaybının işini yapmasına engel olmasa bile aynı işi meslektaşlarına oranla meydana gelen bu kayıptan dolayı daha fazla efor sarf ederek yapmak zorunda kalması halinde zarar gerçekleşmiştir. Bu itibarla, mahkemece davacının çalışma gücünün azalmasından kaynaklanan zararına yönelik isteminin yasal olmayan gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir..." şeklinde karar vermiştir, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

⁸⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 563; EKMEKÇİ, s. 95.

⁸⁸ Benzer tanımlar için bakınız, TANDOĞAN, s. 330; EREN, s. 745; TEKİNAY, s. 522;

değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksikliklerin giderilmesi amacına hizmet eder⁸⁹. Manevî zararın, zarar görenin malvarlığında bir azalma meydana gelmediği için doktrinde gerçek zarar olmadığı ifade edilmiştir⁹⁰. Nitekim duyulan üzüntünün parasal bir değer ile ifade edilmesi mümkün olmadığı için manevî zararın bir miktar para ile giderilebileceğini söylemek de mümkün değildir. Ancak haksız fiilden doğan bedeni ve ruhi ızdıraplar için bir miktar tazminata hükmedilmesi en azından bu ızdırapların hafiflemesine yardım edebilir⁹¹.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar maddî olabileceği gibi manevî de olabilir. Zarar verici olay sonucunda maddî zarar olmasa yalnız manevî zarar ortaya çıksa dahi zarar görenin manevî tazminat talebinde bulunması mümkündür. Nitekim bu durum manevî tazminat talebinin maddî tazminat talebine bağlı olmamasının doğal bir sonucudur⁹².

Tazminat ödenmesi gereken manevî zararları, vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan acı ve üzüntüler nedeniyle ortaya çıkan manevî zararlar, ölüm nedeniyle ölene yakından bağlı olanların duydukları acı ve üzüntüler nedeniyle ortaya çıkan manevî zararlar ve kişilik haklarının ihlâlinden doğan acı ve üzüntüler nedeniyle ödenmesi gereken manevî zararlar şeklinde tasnif etmek mümkündür⁹³.

B. Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Manevî Tazminat

Vücut bütünlüğün ihlâlinden doğan manevî tazminat talebi BK. m. 47’de “*Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye... manevî zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar ve-*

OĞUZMAN/ÖZ, s. 679; HATEMİ, s. 105; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655; KILIÇOĞLU, s. 315; ÜNAL, s. 399; ATAAY, s. 75; DESCHENAUX/TERCIER, s. 24; Çağlar ÖZEL, Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFĐ., C. 50, S. 4, s. 85; ÖNEN, s. 153; AYAN, s. 205; NOMER, Borçlar, s. 100; ÖZTÜRKLER, s. 231.

⁸⁹ TANDOĞAN, s. 330; EREN, s. 745; OĞUZMAN/ÖZ, s. 679; ATAAY, s. 94; GÜRSOY, s. 150; REİSOĞLU, s. 198; Nisim İ. FRANKO, Şeref ve Haysiyete Tecavüzdən Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s. 123, 124; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 93.

⁹⁰ TEKİNAY, s. 522; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655; HATEMİ, s. 105, 106; AKÜNAL, s. 49; ÖNEN, s. 153.

⁹¹ TEKİNAY, s. 522; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655; AKÜNAL, s. 49, 50; ÖNEN, s. 153.

⁹² EREN, s. 746; OĞUZMAN/ÖZ, s. 696

⁹³ TEKİNAY, s. 522, 523; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655, 656.

rebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi, manevî tazminat talebinde bulunabilir⁹⁴.

Hükümün lafzından her ne kadar gerekli şartların varlığı halinde hâkimin kendiliğinden manevî tazminata karar verebileceği gibi bir anlam çıkarılsa da, bu yönde bir talep olmadıkça hâkimin kendiliğinden manevî tazminata hükmetmesi mümkün değildir⁹⁵.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle manevî tazminat talebinde bulunabilmek için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Şöyle ki; öncelikle bir kimsenin vücut bütünlüğü ihlâl edilmeli; bu ihlâl sonucunda bir zarar ve zarar görenlerin kişilik değerlerinde iradeleri dışında bir azalma meydana gelmelidir. Nitekim vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevî zarar, doğrudan doğruya manevî zarardır. Bunun dışında vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevî zarar ile ihlâl sonucunu doğuran kusurlu davranış veya sorumluluk olgusu arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Ayrıca vücut bütünlüğünün ihlâli hukuka aykırı olmalıdır. Nitekim kişi vücut bütünlüğü üzerinde mutlak hakka sahip olduğu için bu hakları koruyan temel normların ihlâli de kural olarak hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. Son olarak somut olayın özellikleri manevî tazminatı haklı göstermelidir. Bu durumda hâkim kendisine tanınan takdir hakkı çerçevesinde özel durumları tespit ederek karar verir⁹⁶.

⁹⁴ TUNÇOMAĞ, s. 472; TEKİNAY, s. 523; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 656; TEKİL, s. 151; HATEMİ, s. 114; BİRSEN, s. 235; ATAAY, s. 304; AKÜNAL, s. 49; KILIÇOĞLU, s. 316; AYBAY, s. 92; REİSOĞLU, s. 226; NOMER, Borçlar, s. 100; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 93; ÖZTÜRKLER, s. 231, 232.

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 696.

⁹⁶ EREN, s. 755; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, ÜNAL, s. 415 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 697, 698; Yargıtay 11. HD. E. 2001/9731, K. 2002/2107, T. 11.3.2002’de “... BK. nun 47. maddesi hükmüne göre, hâkimin özel halleri göz önüne tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı ne tazminat ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi kusurlu olana yalnız hukukun ihlâlinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine olarak zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmaktadır. Aynı zamanda, ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzer bir fonksiyonu vardır. O halde, tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Dava konusu olayda davacı Z. Bayramoğlu anasının öğretmeni olup, 5 gün iş ve gücünden kılacak şekilde yaralanmış ve kafasına 3 dikeği atılmıştır. Olayın oluş şekli, davacının yaşı, davalıların kusur oranları karşısında takdir edilen manevi tazminat miktarı adalete uygun düşmemiştir. Bu itibarla, daha uygun bir düzeyde bir tazminat miktarına hükmedilmesi için kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” şeklinde karar vermiştir, benzer yöndeki bir başka karar için bakınız, Yargıtay 11. HD. E. 2004/1272, K. 2004/12337, T. 14.12.2004; Yargıtay 11. HD. E. 2005/12210, K. 2007/3625, T. 27.2.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 21. HD. E. 1998/7006, K. 1998/7419, T. 5.11.1998 “...davanın yasal dayanağı belirgin olarak

Borçlar Kanunu m. 47 hükmü kusur sorumluluğunda uygulama alanı bulabileceği gibi olağan sebep sorumluluğunda da uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca tehlike sorumluluğunda da 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 90'daki gibi BK. m. 47'ye atıf yapıldığı hallerde de bu hüküm uygulama alanı bulur⁹⁷.

Her ne kadar BK. m. 47'de kusur şartı açıkça yer almasa da kusur sorumluluğunda kusur şartını aramak gerekmektedir. Nitekim kusur sorumluluğuna ilişkin genel şartlar BK. m. 41'de hükme bağlanmış ve kusur, bu hükümde açıkça sorumluluğun şartlarından biri olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, sebep sorumluluğu bakımından kusur şartı aranmadığından, bu kural BK. m. 47'ye göre tazmini gereken manevî zararlardan sorumluluk bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁹⁸. Nitekim Yargıtay 22.6.1966 tarihli 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da vücut bütünlüğünün ihlâlüne bir kimsenin müstahdeminin neden olması halinde istihdam edenin manevî tazminat ödemesi için kendisinin veya müstahdeminin kusurunun bir şart olarak dikkate alınma-

BK. 'nin 47. ve 26.6.1966 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'dır. Anılan maddeye ve İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, manevi tazminata hükmedilebilmesi için, 1) Eylem, 2) Zarar ile eylem arasında illiyet bağı, 3) Eylemin hukuka aykırı olması, 4) İşçinin cismani zarara uğraması koşulludur. Somut olayda, davacının halı taşıma bölümünde çalışırken, sol elinin yüzük parmağının demir platformu ile ayağı arasında sıkışarak yaralandığı ve vücut bütünlüğünün zarara uğradığı, sağlam insana göre maluliyet oranı olmasa bile üzüntü ve elem duyduğu, ruh bütünlüğünün ihlali, sinir bozukluğunun da cismani zarar kavramına dâhil bulunduğu söz götürmez. Hal böyle olunca ve özellikle yukarıda anılan koşulların oluştuğu anlaşıldığına göre, uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde istemin tümünden reddedilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” şeklinde karar vermiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁷ EREN, s. 754; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 745.

⁹⁸ EREN, s. 755; OĞUZMAN/ÖZ, s. 698; TEKİNAY, s. 533; HATEMİ, s. 112; ATAAY, s. 304; FRANKO, s. 133; BAYTOK, s. 49; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 748; Mustafa KILIÇOĞLU, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Ankara 1998, 43, 44; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, ÜNAL, s. 429 vd.; Yargıtay HGK. E. 1966/801, K. 1966/218, T. 6.7.1966'de “...Davacı işçi davalı işverenden Borçlar Kanununun 47 nci maddesi gereğince 25.000 lira manevi tazminat istemiştir. Mahkemece “istihdam edenin Borçlar kanununun 47 nci maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için ne kendisinin ne de müstahdemin kusurunun şart olmadığı, hakimin özel hal ve şartları takdir ederek manevi tazminata hükmedebileceği, varsa müstahdemnin veya istihdam edenin yahut her ikisinin kusurunu ve ölenin veya cismani zarara uğrayanın birlikte sebebiyet verme nisbetinin yahut müterafik kusurunun özel hal ve şartlar içinde takdir edilmesi gerektiği” yolundaki 22.1.1966 gün ve 7/7 sayılı içtihadı birleştirme kararında ön görülen esaslar gözönünde tutulmayarak 22.000 lira manevi tazminata hükmedilmiştir. Bu bakımdan, yerinde olan özel daire bozma ilamının 2 nci bendinde yazılı bozma sebebine uyulmaması isabetsiz bulunmuştur...” şeklinde karar vermiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ması gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁹.

Kusur sorumluluğunda zarar veren ile zarar görenin kusurlarının eşit olması kural olarak manevî tazminat talebine engel olmadığından, bu gibi hallerde hâkim diğer durumları da göz önünde bulundurarak karar verir¹⁰⁰. Bunun dışında sebep sorumluluğunda zarar verenin munzam kusuru zarar görenin ortak kusurunu ortadan kaldırabilir¹⁰¹.

Kusur dışında ihlâlin ve özellikle manevî zararın ağırlığı ile meydana geliş şeklinin de tazminat tayin edecek hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu anlamda zarar verenin zarar gören ile arasındaki ilişki ve yakınlık da göz önünde bulundurulmalı; özellikle çok yakın dost ve akrabaların, eşlerin ana baba ve çocukların birbirlerinden talep ettikleri manevî tazminat taleplerinin dikkatli şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak dostluk ve akrabalık manevî tazminat talebini engellemekle birlikte manevî tazminat miktarının tayininde göz önünde bulundurulur ve tazminat miktarını azaltabileceği gibi reddini de gerektirebilir¹⁰².

Vücut bütünlüğünün ihlâli halinde hâkim manevî tazminata gerek olup olmadığını ve manevî tazminat gerektiği takdirde bunun miktarını özel durum ve şartları da göz önünde bulundurarak tayin edecektir. Özel şartlar öncelikle zarardan sorumlu olan kişi veya kişilerin kusur derecesi ile zarar görenin duyduğu elem ve ızdırabın derecesidir. Manevî tazminata hükmedilebilmesi için meydana gelen ihlâlin belli bir ağırlıkta olması gerekmemekle birlikte alelâde bedeni acılar için failin kusurunun da hafif olması ihtimalinde manevî tazminata hükmedilmesi doğru olmaz. Vücut bütünlüğünün ihlâl eden hangi

⁹⁹ **Yargıtay İBKG. E. 1966/7, K. 1966/7, T. 22.6.1966**'da "...BK. 47. madde gereğince manevi tazminata hükmedebilmek için kusurun aranması, bu hükmün uygulanacağı maddi tazminat sorumluluğunun bütün halleri ile de kabili telif değildir. Her ne kadar haksız eylemlerde kusur sorumluluğunun temelini teşkil eden 41. madde hükmü için böyle bir durum meydana gelmez ise de, temyiz kudreti bulunmayan şahısların sorumluluğu (madde 54), istihdam edenin sorumluluğu (madde 55), hayvanlar için sorumluluk (madde 56), eser malikinin sorumluluğu (madde 58), hatta aile başkanının sorumluluğu (Medeni K. madde 320) gibi kusur aranmayan sorumluluk hallerinde, maddi tazminata hükmedebilmek için kusur şart olmadığı gibi, bu durumlarda ölüm veya cismani zarar vuku bulmuşsa ayrıca 47. maddeye müsteniden manevi tazminat istenebilmesi için de yine kusurun mevcudiyeti şart değildir..." şeklinde karar vermiştir, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

¹⁰⁰ **EREN**, s. 756

¹⁰¹ **EREN**, s. 756; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 698; **ÇALKIN/TUĞSAVUL**, s. 94; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **FRANKO**, s. 135 vd..

¹⁰² **EREN**, s. 755.

fiiller için ne kadar manevî tazminata karar verileceğini önceden tespit etmek mümkün olmadığından, hâkim somut olaydaki verileri de inceleyerek tazminat miktarını takdir hakkı çerçevesinde tayin eder¹⁰³.

Vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi zarar gören kişinin yakınlarının sınırlı ve ruh sağlığını bozmuş ve bu ihlâl sonucunda bu kişilerin ruh sağlığında bir bozulma meydana gelmişse, meydana gelen bu zararın uygun illiyet bağı ve ihlâl edilen normun koruma amacı çerçevesinde kalan zararların da doğrudan doğruya manevî zarar olarak kabul edilmesi gerekir¹⁰⁴.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile doktrinde ve uygulamada son yıllarda benimsenen bu görüş yeni Kanun metnine dâhil edilmiştir. TBK. m. 56 “*Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme BK. m. 47’den farklı olarak, ağır bedensel zarar halinde de zarar görenin yakınlarına manevî tazminat isteme imkânı getirilmiştir¹⁰⁵.

¹⁰³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 656, 657.

¹⁰⁴ **EREN**, s. 764; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 697; **REİSOĞLU**, s. 227; normun koruma amacına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **Fikret EREN**, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 vd.; **Haluk TANDOĞAN**, Hukuka Aykırılık Bağı, **BATIDER**, C. X, Y. 1979, s. 4 vd.; **Yargıtay 11. HD. E. 2006/4787, K. 2006/7723, T. 29.6.2006**’de “...*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve her ne kadar Borçlar Kanunu’nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye ait ve yansıma yoluyla manevi tazminat istenemez ise de cismani zarar kavramına sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal bütünlüğün de dâhil olmasına, bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin manevi tazminata hükmedilmesini zorunlu kılan olguları kanıtlaması durumunda, haksız eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan, yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusu olup, yaralanan kişinin yakınlarının da zarar gördüğünün kabulü gerekmektedir...*” şeklinde karar vermiştir, benzer yöndeki kararlar için bakınız, **Yargıtay 21. HD. E. 1997/6111, K. 1997/6174, T. 7.10.1997; Yargıtay 21. HD. E. 2000/4733, K. 2000/4833, T. 15.6.2000; Yargıtay 21. HD. E.2002/286, K. 2002/1057, T. 14.2.2002; Yargıtay 21. HD. E. 2007/3976, K. 2007/5212, T. 27.3.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**

¹⁰⁵ **Haluk BURCUOĞLU**, Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 88; Nitekim madde gerekçesi “... *Tasarının 55 inci maddesinin ikinci fıkrası, bedensel zararlara ilişkin olmak üzere, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak hakimnin sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin ya-*

Vücut bütünlüğünün ihlâli halinde manevî tazminatın zarar gören kişiye bir miktar para olarak ödenmesi gerekir¹⁰⁶. Manevî tazminata nakden hükmedildiği durumlarda hâkim bunun sermaye şeklinde yani toptan ödenmesine veya irat şeklinde yani belirli dönemlerde ödenmesine karar verebilir. Doktrinde haklı olarak manevî tazminatın sermaye şeklinde ödenmesinin manevî tazminatın amacına daha uygun olduğu belirtilmiştir. Ayrıca zarar gören bu gibi durumlarda sermaye şeklinde aldığı tazminat ile daha iyi bir hayat sürdürebilecektir¹⁰⁷.

Manevî tazminat bakımından son olarak üzerinde durulması gereken husus, vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin bu ihlâl nedeniyle tazminat talep etmeden ölmesi halinde mirasçılarının onun yerine manevî tazminat talebinde bulunup bulunamayacağıdır. Nitekim bu hususta BK. m. 24/IV’de düzenlenen “*Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez*” hükmü gereğince vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi manevî tazminatı ileri sürmedikçe ve bu istem zarardan sorumlu kişiler tarafından kabul edilmedikçe mirasçılara geçmez¹⁰⁸.

IV. DENKLEŞTİRME

Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların tazmini bakımından önem arz eden hususlardan biri de zarar verici fiilin zarar görenin malvarlığında bir azalma meydana getirmesi yanında birtakım artışlara da sebep olması halinde bu artışların denkleştirmeye tabi tutulup tutulmayacağıdır¹⁰⁹.

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin maruz kaldığı haksız fiil sonucunda bazı menfaatler elde etmesi halinde, zarar görenin haksız fiil nedeniyle zenginleşmesine engel olmak için haksız fiil sonucu elde edilen bu menfaatlerin nakdi miktarının zarardan düşürülmesi, yani denkleştirilmesi gerekmektedir.

kınlarına, manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği kabul edilmiştir...” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ EREN, s. 763; REİSOĞLU, s. 226.

¹⁰⁷ EREN, s. 763.

¹⁰⁸ Manevî tazminatın temlik için karşı tarafça kabul edilmesi gereğinin ayrıca aranmasının tutarsız olduğuna ilişkin görüş için bakınız, **Rona SEROZAN**, Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 76 vd..

¹⁰⁹ Denkleştirme kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **AKÜNAL**, s. 3 vd.; **GÜRBÜZ**, s. 111 vd.; **DESCHENAU/TERCIER**, s. 180.

tedir¹¹⁰. Ancak bu şekilde elde edilen yararların zarardan düşürülebilmesi için zarar verici olay ile meydana gelen yarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu nedenle zarar verici olayın sonucunda tamamen tesadüfi olarak elde edilen menfaatlerin düşürülmesi söz konusu olamaz¹¹¹.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan maddî zararlardan ilki olan masraflar olarak adlandırılan ve zarar görenin bir sağlık kurumunda tedavi edilmesi nedeniyle normal olarak yapması gereken yeme içme masrafları¹¹² vücut bütünlüğü ihlâl edildiği için işe gidemeyen kişinin işe gidip gelmek için yaptığı yol masrafları¹¹³ ile diğer bakım masraflarının yapılan bu hastane masrafları ile denkleştirilmesi, yani bu masrafların hastane masraflarından düşürülmesi gerekmektedir¹¹⁴. Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan diğer bir zarar kalemini oluşturan çalışma gücünün kaybı yüzünden doğan zararlar bakımından “Uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan, askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır” şeklinde düzenlenen BK. m. 328 hükmü önem arz etmektedir. Bu hükümler işçinin ancak hizmet sözleşmesinde belirtilen işi yaptığı sürece ücrete hak kazanması kuralına sosyal düşüncelerle bir istisna getirilerek kendi kusuru olmaksızın hizmet edimini yerine getiremeyen işçinin bu süre zarfında ücret alması düzenlenmiştir. Nitekim hükümde yer alan hastalık ifadesi vücut bütünlüğünün ihlâlini de kapsamaktadır. Doktrindeki hâkim fikre göre bu şekilde vücut bütünlüğü ihlâl edilen ve hizmet edimini ifa edemeyen işçinin sözleşme veya kanun hükmü gereğince ücret almaya devam etmesi halinde alınan bu üç-

¹¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 554; EREN, s. 697; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 614; TEKİL, s. 149; TANDOĞAN, s. 267; TUNÇOMAĞ, s. 463; HATEMİ, s. 104; KILIÇOĞLU, s. 308; KARAHASAN, Tazminat, s. 135.

¹¹¹ TEKİNAY, s. 515; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, AKÜNAL, s. 94 vd.

¹¹² EREN, s. 713; AKÜNAL, s. 156; KILIÇOĞLU, s. 308; AŞÇIOĞLU, s. 444; GÜLEÇ, s. 249; GÜRBÜZ, s. 118; KARAHASAN, Tazminat, s. 138; Yargıtay 3. HD. E. 5293, K. 4256, T. 29.06.1961’de “... Davacının yararlanmamış olması halinde dahi kocası ile kendisi için yemek masraflarının yapılmasının zaruri bulunduğu göz önünde tutularak köyünde ihtiyar edilecek bu masrafların neden ibaret olacağına bilirkişi marifetiyle tesbiti ve Ankara’da yapılan yemek masrafının neden ibaret olacağına bilirkişi marifetiyle tesbiti ve Ankara’da yapılan yemek masrafının aynı olacağı anlaşıldığı takdirde yemek masrafına hükmedilmemesi ve köyünde yapılacak masrafın daha az miktarda olacağı tebeyyün eylediği halde aradaki farka hükmedilmekle yetinilmesi gerekir.” şeklinde karar vermiştir, KARAHASAN, Tazminat, s. 162.

¹¹³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 555.

¹¹⁴ EREN, s. 700; AKÜNAL, s. 156; AŞÇIOĞLU, s. 444.

retlerin de denkleştirmeye tabi tutulması gerekmektedir¹¹⁵. Bununla birlikte vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle birtakım ilave bakım harcamalarının ortaya çıkması hallerinde ise bu harcamaların da tazmini gerekmektedir¹¹⁶. Bu şekilde hastane ve benzer kurumların masraf listelerinden zarar görenin yapmak zorunda olduğu kabul edilen normal beslenme masraflarının indirilmesi gerekmektedir¹¹⁷. Bunun dışında vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi hastanede yatılan süre boyunca önceden kaldığı otel veya pansiyon odasını boşaltmış ise bu şekilde sağladığı yararların da hastane masrafından düşülmesi gerekir. Nitekim bu ihtimalde zarar verici olay bir taraftan zarara neden olurken diğer taraftan zarar görenin malvarlığında bir yarara neden olmaktadır ki bu yararın da zarar ile denkleştirilmesi gerekmektedir¹¹⁸.

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin önceden yapmış olduğu sigorta sözleşmesi gereğince sigortacıdan almış olduğu tazminatın, zarara sebep olan kişi veya kişilerden talep edilecek zarar ile denkleştirilip denkleştirilemeyeceği üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biridir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin bu nedenle sigorta tazminatı elde etmesi kaza sigortalarında söz konusu olur. Nitekim sigortalının iradesi dışında meydana gelen bir kaza sonucunda çalışma gücünden veya imkânından mahrum hale gelmesinin sonuçlarını teminat altına almak üzere yapılan sigorta, kaza sigortasıdır. Kaza sigortası gereğince sigortacı, kazanın sigortalının sürekli çalışma gücünü kaybetmesine neden olmuşsa poliçede yazılı kayıp derecesi hesap edilerek ortaya çıkan tazminatı öder. Sigortalının geçici olarak çalışma gücünü kaybetmesi ihtimalinde ise poliçede yazılı azami süre için günlük hesabı ile sigortacı tazminat öder¹¹⁹.

Kaza sigortasından elde edilecek tazminatların vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zarar ile denkleştirilmesi için bu sigorta tazminatının denkleştirme kuralı anlamında bir yarar olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. TTK m. 1335¹²⁰'de kaza sigortalarının sigorta ettirenin uğradığı kazadan dolayı zararını gidermek üzere yapılabileceği düzenlense de doktrinde kaza

¹¹⁵ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **EREN**, s. 702; **TANDOĞAN**, s. 269, 270; **AKÜNAL**, s. 159 vd.; **GÜRBÜZ**, s. 119, 120.

¹¹⁶ **AKÜNAL**, s. 156; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 162.

¹¹⁷ **AKÜNAL**, s. 157.

¹¹⁸ **AKÜNAL**, s. 158; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 138.

¹¹⁹ **AKÜNAL**, s. 175.

¹²⁰ Türk Ticaret Kanunu m. 1335 “Kaza sigortaları, sigorta ettirenin duçar olduğu kazadan dolayı zararını tazmin etmek üzere yapılabileceği gibi kimseye ödemeye mecbur olacağı kaza tazminatını telafi etmek maksadiyle dahi yapılabilir”.

sigortalarının kural olarak “zarar sigortası”¹²¹ değil “meblağ sigortası”¹²² olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle sigortacının meydana gelen zararın sigorta bedelinden az olduğunu iddia etmesi mümkün olmadığı gibi, sigortacı kazanın meydana gelmesi halinde sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödemek zorundadır. TTK m. 1337¹²³’ye göre aksine şart olmadığı takdirde sigortacı poliçede yazılı tazminat dışında sigortalının yapmış olduğu tedavi masraflarını da vermek zorundadır. Doktrinde tedavi masraflarının ödenmesi bakımından zarar sigortalarındaki prensiplerin geçerli olduğu, bu nedenle yapılan tedavi masraflarının zarar ile sınırlı olarak tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Tedavi masraflarının bu şekilde ödenmesi açısından zarar sigortalarındaki hususlar geçerli olacağından, sigortacı tedavi giderleri için ödediği tazminat oranında zarar görene halef olacak ve zarara sebep olan kişi veya kişilere başvurabilir. Bu sebeple tedavi giderleri için sigortadan elde edilen tazminat bakımından denkleştirme sorunu gündeme gelmez¹²⁴. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus tedavi masrafları dışında kalan sigorta tazminatının denkleştirmeye tabi tutulup tutulamayacağı meselesidir. Doktrinde bir fikre göre vücut bütünlüğünün ihlali halinde TTK m. 1338¹²⁵’in lafzından hareketle zarar görene haksız fiil sorumlusundan ve sigortacıdan ayrı ayrı tazminat alma imkânı tanındığından, sigorta tazminatının zarar ile denkleştirilmesinin söz konusu olmaz¹²⁶.

¹²¹ Zarar sigortalarında para ile ölçülebilir bir menfaat, sigorta teminatı altına alınmaktadır, bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **Huriye KUBİLAY**, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003, s. 89 vd.; **İşıl ULAŞ**, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara 2006, s. 6 vd.; **Mertol CAN**, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2005, s. 23 vd..

¹²² Sigorta sözleşmesinde öngörülen riskin gerçekleşmesi halinde sigortalıya doğrudan doğruya sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta bedelinin ödendiği meblağ sigortalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **KUBİLAY**, s. 118 vd.; **CAN**, s. 49, 50.

¹²³ Türk Ticaret Kanunu m. 1337 “*Aksine şart olmadığı takdirde sigortacı poliçede yazılı tazminattan başka sigortalının sarf ettiği tedavi masraflarını da vermekle mükelleftir*”.

¹²⁴ **AKÜNAL**, s. 175, 176; **HATEMİ**, s. 105; **GÖKCAN/KAYMAZ**, s. 633, 634; **Yargıtay 11. HD. E. 2005/4231, K. 2005/5991, T. 9.6.2005**’de “...*Davacı sigortacı, zarar görenlerin halefi sıfatı ile uyumsuzluğun çözümünde temel maddi hukuk normu olan BK.nun 46/1 maddesi uyarınca, cismani zarara uğrayan sigortalıların tedavileri için yaptığı ödemeleri, tedavi süresince gerçekleşen işgöremezlik zararını poliçe kapsamına göre tazmin etmek koşulu ile davahlardan rücuen isteyebilir...*” şeklinde karar vermiştir, **Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası**.

¹²⁵ Türk Ticaret Kanunu m. 1338 “*Üçüncü şahsın kusuru neticesinde vukua gelen kazalardan dolayı sigorta ettirenin sigortacıdan tazminat alması, sigorta ettirenin üçüncü şahsa müraa- caat hakkını iskat etmez. Üçüncü şahıs, sigorta ettirenin sigortası nazara alınmaksızın bütünü zarar ve ziyasını tazminle mükellef tutulur*”.

¹²⁶ **AKÜNAL**, s. 176.

Doktrinde bu hususta ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, denkleştirmenin yapılabilmesi için zarara, tazminat borcuna neden olan hukuka aykırı davranışın sebep olması gerekmekte iken sigorta tazminatı zarar gören kişinin sigortacı ile yaptığı bir sözleşmeye dayanmaktadır. Nitekim sigortacı zarardan sorumlu olanın işlediği fiil nedeniyle değil; sigortalı ile aralarında yaptıkları sözleşme uyarınca sigorta tazminatını ödemek zorundadır. Bu nedenle hukuka aykırı davranış sigorta tazminatının ödenmesinin sebebini değil yalnız bir şartını oluşturduğundan, denkleştirmenin uygulanabilmesi için zarara neden olan hukuka aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerektiğinden sigorta tazminatının zarar ile denkleştirilmesi mümkün olmaz¹²⁷.

Denkleştirme bakımından önem arz eden hususlardan biri de vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişiye üçüncü kişiler tarafından gönüllü olarak sağlanan yararların zarardan sorumlu olan kişi veya kişilerce tazmini gereken zararların denkleştirmeye tabi tutulmayacağıdır. Nitekim bu şekilde üçüncü kişilerce vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişilere gönüllü olarak yapılan yardımlar ile zarara neden olan hukuka aykırı davranış arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmadığından; zarar verici olaydan tamamen bağımsız olarak üçüncü kişiler tarafından vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişiye sağlanan yararların ortaya çıkan zarar ile denkleştirilmesi mümkün değildir¹²⁸.

Vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsılması halinde ise denkleştirme ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim Gelir Vergisi Kanunu m. 23'e göre belli sakatlıkları bulunan kimselerin ücret kazançları gelir vergisinden muaf tutulmaktadır. Bu da ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarda denkleştirmenin uygulanması açısından

¹²⁷ **TEKİNAY**, s. 488; **AKÜNAL**, s. 177; **TANDOĞAN**, s. 270; **AŞÇIOĞLU**, s. 418; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 145.

¹²⁸ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, **EREN**, s. 701; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 556; **TUNÇOMAG**, s. 463; **TANDOĞAN**, s. 269; **AKÜNAL**, s. 180, 181; **GÖKCAN/KAYMAZ**, s. 632; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 181; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 144; **Yargıtay 4. HD. E. 4685, K. 5297, T. 20.4.1978**'de "... haksız eylemden doğan tazminat davalarında zarar görenin malvarlığındaki artışın hangi sebep veya hangi vesileye dayandığı etraflı şekilde incelenmeli ve eylem ile sıkı bir biçimde bağlı bir uygun sebep sonuç ile artış varsa bu artan dışında zararın varlığı kabul edilmeli, eylem vesilesiyle artma olmuş olursa bu zarardan indirilmelidir. Davaya konu olan olayda mal varlığında davalının eylemi sonucu azalma olmuş, fakat işvereni olan üçüncü kişinin bu zararı aynı eylem vesilesiyle (yardım amacıyla) gidermiş olması nedeniyle artma gerçekleşmiştir. Ancak bu artış eylemin sonucu değildir. Çünkü üçüncü kişinin amacı haksız eylem failini değil zarar göreni zenginleştirmektedir..." şeklinde karar vermiştir, **AŞÇIOĞLU**, s. 417, 418.

önemli bir hüküm niteliğindedir. GVK m. 23’de sayılan sakatlıklara maruz kalan kişilerin ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararın tazminini talep etmeleri halinde; zarar görenin bu nedenle sağladığı vergi yararlarının zarar ile denkleştirilmesi gerektiği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. Nitekim bu ihtimalde zarar verici fiil ile yarar arasında denkleştirme kuralının uygulanmasını gerektiren uygun illiyet bağı mevcuttur¹²⁹. Bunun dışında vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin haksız fiil sonucunda sakat kalarak erken emekli olması ihtimalinde ise normal olarak ileride alacağı emeklilik ikramiyesi ve emekli maaşı ile erken emekli olması sonucunda emeklilik ikramiyesi ve maaşı arasındaki farkın kendisine tazminat olarak verilmesi halinde zarar görenin ödemekten kurtulduğu aidatların da tazminat miktarından düşürülmesi gerekir¹³⁰.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinde zararın tespiti bakımından esas alınan tarih, mahsup edilecek yararın miktarının tespiti bakımından da esas alınır¹³¹.

Kural olarak zarardan düşürülmesi gereken bir yararın varlığını gören hâkim denkleştirme kuralını re’sen uygular. Bu sebeple yararın zarardan düşülmesi hukuki niteliği itibarıyla bir itirazdır. Yararlanmanın varlığını ve miktarını ispat etmek ise zarar verene düşer. Zararın miktarının kesin olarak ispat edilemediği durumlarda hâkim BK. m. 42/II’ye dayanarak yararın miktarını takdir hakkı çerçevesinde belirleyebilir¹³².

Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevî zararlar bakımından denkleştirme yapıp yapılmayacağı da son olarak üzerinde durulması gereken

¹²⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 614; OĞUZMAN/ÖZ, s. 555; AKÜ-NAL, s. 181 vd.; AŞÇIOĞLU, s. 453, 454; GÜRBÜZ, s. 120, 121; KARAHASAN, Tazminat, s. 138; Yargıtay 4. HD. E. 1980/2305, K. 1980/4710, T. 10.4.1980’de “...Davaya konu olan hukuka aykırı eylem sonucunda, zarar gören davacı, Devlete vergi ödeme suretiyle yapmak zorunda bulunduğu harcamalardan kurtulmuştur. O halde, ortada denkleştirme kuralının uygulanmasına yol açabilecek bir artış vardır. Bu artış davalının mal varlığında kesin ve nihai olarak yer almıştır. Zarara sebep olan olayda onun arasında uygun illiyet bağı da bulunmaktadır. O halde bu artışın, denkleştirilmesi gereken bir yarar olarak kabulü ile zarardan indirilmesi ve tazminatın buna göre tayini gerekir. Mahkemece, bu esası kapsamayan ve davacıya vergi kesintisi yapılmaksızın ödenmekte bulunan aylıkları olduğu gibi tazminat olarak kabul eden bilirkişi raporu aynen benimseyip ona göre ödetme verilmiş olması yasaya aykırıdır...” şeklinde karar vermiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; benzer yönde karar için bakınız, Yargıtay 4. HD. E. 9961, K. 847, T. 28.1.1980, KARAHASAN, Tazminat, s. 138, 139.

¹³⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 614.

¹³¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 557.

¹³² EREN, s. 698, 699; OĞUZMAN/ÖZ, s. 557.

konulardandır. Manevî zararın varlığı halinde hâkim manevî tazminata hükmedip hükmetmeyeceğini, tazminata hükmetmesi halinde tazminatın miktarını özel durum ve koşulları da göz önünde bulundurarak karar verecektir. Bu nedenle manevî tazminata hükmetmeye karar veren hâkimin göz önünde bulundurduğu hususlar, tazminatın miktarını tayin de de göz önünde bulundurulacaktır. Manevî tazminatta maddi tazminatta olduğu gibi az çok kesin olarak tayin edilebilir bir zarar miktarına dayanmak mümkün olmadığı için manevî zararlar da gerçek anlamda bir denkleştirme söz konusu olamayacaktır. Ancak manevî zararın miktarını tayin eden hâkimin vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin manevî varlığı üzerindeki olumsuz etkiler yanında olumlu etkileri de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Nitekim bu şekildeki olumlu etkilerin de mutlaka manevî nitelikte olması gerekmez. Bu nedenle vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi maddi tazminatla tatmin edilebiliyorsa, daha düşük manevî tazminata hükmedilebilir. Bu takdirde hâkim her somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak hakkaniyete ve adalete uygun bir tazminata hükmedecek; ayrıca maddi zararlar da uygulama alanı bulan denkleştirme kuralına ilişkin prensipleri kıyas yoluyla manevî tazminat bakımından da uygulayabilecektir¹³³.

V. VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN ZARARA İLİŞKİN HÜKMÜN DEĞİŞTİRİLMESİ

Vücut bütünlüğünün ihlâli hallerinde meydana gelen zararın bir kısmının geleceğe ilişkin olması nedeniyle bu zararın farazi olarak hesaplanması, zarar miktarının sonradan değişme ihtimalini ortaya çıkarır. Usul hukukunda ana kural kesinleşen mahkeme kararlarının daha sonra uyuşmazlık konusu yapılamaması olmakla birlikte hakkında kesin hüküm bulunan bazı hallerde yeniden dava açılmasına imkân verilmiştir¹³⁴.

Kesinleşen kararın uyuşmazlık konusu yapılamamasının istisnalarından birini de farazi bir hesaplama dayanan vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar oluşturmaktadır¹³⁵. Nitekim bu husus BK. m. 46/II'de "*Eğer hükmün suduru esnasında, kâfi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene*

¹³³ AKÜNAL, s. 51, 52.

¹³⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 617; EKMEKÇİ, s. 105; GÜRBÜZ, s. 41.

¹³⁵ TEKİNAY, s. 489; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 617, 618; OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; EKMEKÇİ, s. 105.

zarfında hâkimin, tetkik salahiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır” şeklinde düzenlenmiştir. Uygulamada mahkemelerin iş yükünün ağır olması nedeniyle pek kullanılmayan bir düzenleme olan bu hükmün kapsamı konusunda yeterli içtihat da bulunmamaktadır¹³⁶.

Hâkimin BK. m. 46/II uyarınca hükmü yeniden gözden geçirme hakkını saklı tutabilmesi her somut olay bakımından geçerli olmayıp bunun için vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların sonuçlarının tam olarak tespit edilememiş olması gerekir¹³⁷.

Bazı hallerde vücut bütünlüğünün ihlâlinin gelecekte ne gibi yeni zararlara neden olacağına hüküm tarihinde kesinlikle tespit edilmesi mümkün olmayabilir. Hatta hâkimin ihtimal dâhilinde gördüğü ve tazmin edilmesine karar verdiği bazı zararların gerçekte doğmadığı sonradan anlaşılmaktadır. Bu gibi durumları göz önünde bulunduran kanun koyucu hâkime iki yıl içinde kararı yeniden gözden geçirme imkânı vermiştir¹³⁸.

Yalnız vücut bütünlüğünün ihlâli bakımından uygulama alanı bulan bu hükmün uygulanabilmesi için kararda değiştirmeye ilişkin kaydın yer alması gerekir. Bu nedenle hâkim hükmü yeniden gözden geçirme kaydıyla vermedikçe kararın tekrar gözden geçirilmesi mümkün değildir. Ayrıca hâkimin hükmüne böyle bir kayıt koyabilmesi için tarafların bu yönde bir talebinin olmasına da gerek yoktur¹³⁹.

Hâkim iki yıl içinde kararı yeniden gözden geçirme hakkını saklı tutmasa dahi haksız fiilin neden olduğu sonradan ortaya çıkan zararlar bakımından zamanaşımı süresi içerisinde yeniden tazminat davası açılması mümkündür. Fakat bu şekilde sonradan dava açılabilmesi için bu zararların ilk dava açılırken mevcut olmaması ve kazanç mahrumiyeti gibi ileride doğması beklenen zarar niteliğinde bulunmaması gerekir¹⁴⁰. Ayrıca dava esnasında mevcut ve ileride ortaya çıkması muhtemel olan zararlar için davacının fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak kısmi tazminat talep etmesi de mümkündür. Bu durumda

¹³⁶ EKMEKÇİ, s. 105.

¹³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; NOMER, Borçlar, s. 95; EKMEKÇİ, s. 106; KARAHASAN, Tazminat, s. 276; GÜLEÇ, s. 294.

¹³⁸ TEKİNAY, s. 489; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 618; TEKİL, s. 149; OSER/ SCHÖNENBERGER, s. 424, 425; BİRSEN, s. 234, 235; ATAAY, s. 303; GÜRBÜZ, s. 41, 42; AŞÇIOĞLU, s. 454.

¹³⁹ EKMEKÇİ, s. 105, 106; KARAHASAN, Tazminat, s. 276.

¹⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 562; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 618, 619.

hâkim hükmün yeniden gözden geçirilmesine ilişkin bir karar vermese dahi, önceden hükmedilen tazminat dışında kalan zararlar için zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla yeni davalar açılabilir. Bu davanın açılabilmesi için zararın sonradan meydana gelmesi gerekmediği gibi, önceki tazminat davası bu yeni davadaki talep açısından zamanaşımını da kesmez¹⁴¹.

Hâkimin BK. m. 46/II'ye dayanarak kararını gözden geçirebilmesi için davanın taraflarından birinin hükmün yeniden gözden geçirilmesini talep etmesi gerekir. Burada tarafların talep ettiği husus mahkeme hükmüne yeniden gözden geçirilmesine ilişkin kaydın konulması talebi değil; bu kayıt konulduktan sonra hükmün yeniden gözden geçirilmesine ilişkin taleptir. Nitekim hâkimin tarafların yeniden inceleme talepleri olmaksızın, resen, yeniden incelemeye karar vermesi usul hukuku kurallarına göre mümkün değildir¹⁴².

Borçlar Kanunu m. 46/II'de düzenlenen iki yıllık sürenin başlangıcının hükmün verildiği tarih mi yoksa hükmün kesinleştiği tarih mi olduğu hususu inceleme konumuz açısından önem arz eden hususlardan biridir. Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre BK. m. 46/II'nin lafzı gereğince hükmün verildiği tarihin esas alınması gerekir. Ancak Yargıtay'da inceleme süresinin uzun olması nedeniyle bu hususta hak kaybına sebep olmayan bir yoruma giderek iki yıllık süreyi hükmün kesinleştiği tarihten başlatmak gerekir. Nitekim bu iki yıllık süre hesaplanırken henüz hukuken kesinleşmemiş bir kararın verildiği

¹⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 562; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 618, 619; bakınız, Yargıtay 11. HD. E. 1993/6410, K. 1994/1301, T. 21.2.1994'de "...Davacı tarafından açılan önceki davada, davacının uğradığı kaza sonucu % 37 oranında maluliyetinin kesinleştiği saptanarak dava bu maluliyet oranına göre sonuçlandırılmıştır. Oysa, davacı açtığı bu yeni dava ile maluliyet oranında değişiklik yükselme olduğunu bildirmiştir. Nitekim, mahkemece Adli Tıp Kurumu'ndan alınan 25.11.1992 tarihli kurulu raporunda davacının ayak bileğindeki deformasyonun, önceki rapora dayanarak yapılan nervus fibularis paralizöve bağlı olmadığı bu nedenle bu hususun ayrıca mütalaası gerektiği ve buna bağlı maluliyet oranının ise % 7,5 olduğu saptanmış bulunmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, davacının maluliyet oranındaki artışın önceki olaya bağlı ve fakat 25.11.1992 tarihli raporla ortaya çıktığı anlaşılmasına göre, bu ek maluliyet artışından doğan zararın da bu tarihte öğrenildiğinin ve buna bağlı tazminat davası zamanaşımının da bu tarihten itibaren başlatılması gerekir. Nitekim, doktrinde de zarar görenin sağlık durumunun, daha sonra کوتüleşmesi halinde bundan doğan zararın bağımsız olarak ele alınacağı ve bu yeni zarar için yeni bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir... O halde, yukarıda açıklamalara göre davalı vekilinin zamanaşımına yönelik temyiz itirazları varit olmadığı gibi dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir." şeklinde karar vermiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴² TEKİNAY, s. 489; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 618; EKMEKÇİ, s. 106; GÜRBÜZ, s. 43.

tarihi esas almak doğru olmaz¹⁴³.

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise BK. m. 46/II'de açıkça tefhim ifadesi yer aldığı için bu iki yıllık sürenin hükmün kesinleştiği tarihten başlatılması uygun değildir. Nitekim hükmün hukukî varlık kazanması ile ileride doğması muhtemel olan zararların saklı tutulması arasında doğru bir bağlantı bulunmamaktadır. Bu anlamda saklı tutulan husus sakatlığın derecesinde meydana gelecek artışlar veya azalmalar olduğundan, hükmün kesinleşme tarihi ile bağlantı kurulması yerinde değildir. Bununla birlikte, hükmün kesinleşme tarihinin esas alınması gibi bir kriterin belirlenmesi Kanunda açıkça düzenlenen hususa da aykırılık teşkil eder¹⁴⁴.

Hâkim hükmün yeniden gözden geçirilmesine ilişkin kararını hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki yıl içinde değiştirme hakkını saklı tutabilecek; bu süreyi hiçbir şekilde daha fazla uzatamayacaktır¹⁴⁵. Bunun dışında hâkimin hükmü iki yıllık bu süre içerisinde yeniden gözden geçirebilmesi için olayda uygulanması gereken zamanaşımı süresinin de geçmemesi gerekmektedir. Bu nedenle BK. m. 46/II'deki sürenin olaydaki zamanaşımı süresini uzatan bir hüküm olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁴⁶.

Borçlar Kanunu m. 46/II'de hâkimin hükmü değiştirme yetkisi düzenlendiğinden hâkim bu hükmeye dayanarak vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle uğranılan zararın sonuçlarına göre tazminat miktarını artırma hakkına sahip olduğu gibi azaltma imkânına da sahiptir¹⁴⁷.

Son olarak hâkimin hükmü yeniden gözden geçirme hakkı maddi tazminat dışında sonuçları vücut bütünlüğünün ihlâlüne bağlı manevî tazminat talepleri bakımından da geçerlidir¹⁴⁸.

¹⁴³TEKİNAY, s. 489; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 618; GÜLEÇ, s. 294.

¹⁴⁴GÜRBÜZ, s. 43.

¹⁴⁵OĞUZMAN/ÖZ, s. 561; EKMEKÇİ, s. 106; AYAN, s. 233; NOMER, Borçlar, s. 95; KARAHAN, Tazminat, s. 277; ÇALKIN/TUĞSAVUL, s. 89.

¹⁴⁶EKMEKÇİ, s. 106.

¹⁴⁷EKMEKÇİ, s. 106.

¹⁴⁸EKMEKÇİ, s. 106.

SONUÇ

Zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünün maddi veya manevî bir zarar meydana gelecek şekilde bozulmasını ifade eden vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar BK m. 46-47’de özel olarak hükme bağlanmıştır.

Borçlar Kanunu m. 46’da hükme bağlanan vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan maddi zararlar, zarar gören kişinin ihlâl sonucunda uğramış olduğu maddî zararları ifade etmektedir ki, bu zararlar ise masraflar, çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle uğranılan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılması sebebiyle uğranılan zararlardır. Doktrinde tedavi masrafları olarak da adlandırılan masraflar, vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin iyileşmek veya hastalığının artmasına engel olmak için yapmış olduğu masraflar ile zarar görenin vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle yapmış olduğu avukat, hukuki danışma ve benzeri için yapılan masrafları da kapsamaktadır. Nitekim vücut bütünlüğü ihlâl edilmeseydi zarar görenin yapmayacağı bu tür masrafları BK m. 46 anlamında talep edememesi kanun koyucunun da amacına aykırı bir yorum olarak kabul edilebilir.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle talep edilebilecek bir diğer maddî zarar türü ise çalışma gücünün azalmasından veya kaybından doğan zararlardır. Doktrinde vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin beden ve fikir gücünün gelir getirici şekilde kullanılması olarak ifade edilen çalışma gücünün azalması veya kaybı nedeniyle tazminat talep edebilmek için davacının vücut bütünlüğünde bir azalma olmasının yanında bu azalma nedeniyle maddî bir zarara da uğramış olması gerekmektedir. Ancak uygulamada vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan çalışma gücü kayıplarının zarar görenin gelirinde bir azalma meydana gelmese dahi tazminat gerektiği kabul edilmekte ve bu husus güç kaybı tazminatı olarak değerlendirilmektedir. Çalışma gücünde meydana gelen kayıplar geçici olabileceği gibi süreklilik de arz edebilir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi hüküm anında tamamen iyileşmiş ise çalışma gücünün geçici kaybı nedeniyle istenebilecek zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmaması nedeniyle ortaya çıkan kazanç kayıplarından ibarettir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin çalışma gücünü sürekli kaybetmesi halinde ise zararın geleceğe ilişkin, farazi bir zarar olarak hesaplanması gerekecektir. Bu ihtimalde tazminata hükmedecek hakim göz önünde bulundurması gereken hususlar, çalışma gücündeki kaybın ve azalmanın oranı, zarar görenin gelir durumu, zarar görenin çalışma süresi ve bunun başlangıç anı, zarar görenin zararını azaltmak için gerekli ameliyat veya tedaviyi yaptırtıp yaptırmadığıdır.

Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan son maddî zarar türünü ise, zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar oluşturmaktadır. Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar müstakbel zararlardır ve bu zararlar çalışma gücünde bir azalma olmasa dahi meydana gelmektedir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi çalışma gücünde bir azalma meydana gelmese dahi iş piyasasında yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekmekte veya aynı işte çalışsa dahi ihlâlden öncesine nazaran daha çok emek sarf etmek zorunda kalmaktadır.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlardan bir diğeri BK m. 47'de özel olarak hükme bağlanan manevî zararlardır. Vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle manevî tazminat talebinde bulunabilmek için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Şöyle ki; öncelikle bir kimsenin vücut bütünlüğü ihlâl edilmeli; bu ihlâl sonucunda bir zarar ve zarar görenlerin kişilik değerlerinde iradeleri dışında bir azalma meydana gelmelidir. Ayrıca vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevî zarar ile ihlâl sonucunu doğuran kusurlu davranış veya sorumluluk olgusu arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bunun dışında vücut bütünlüğünün ihlâli hukuka aykırı olmalıdır. Son olarak somut olayın özellikleri manevî tazminata hükmedilmesini haklı kılmalıdır. BK m. 47 hükmü kusur sorumluluğunda uygulama alanı bulduğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanabilecektir. Manevî tazminat bakımından önem arz eden hususlardan biri de manevî tazminat talep etme hakkına sahip olanlardır. Son yıllarda doktrindeki hakim fikre ve Yargıtay uygulamalarına göre vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle zarar görenin yakınları da kendi manevî bütünlüklerinde meydana gelen eksilmeler nedeniyle doğrudan doğruya manevî tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Nitekim TBK. m. 55'de de bu husus ağır bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarına manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesi gerektiği şeklinde düzenlenmiştir.

Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin maruz kaldığı haksız fiil sonucunda bazı menfaatler elde etmesi halinde zarar görenin haksız fiil nedeniyle zenginleşmesine engel olmak için haksız fiil sonucu elde edilen menfaatlerin nakdi miktarının zarardan düşürülmesi yani denkleştirilmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde elde edilen yararların zarardan düşürülebilmesi için zarar verici olay ile meydana gelen yarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Denkleştirme bakımından önem arz eden hususlardan biri sigorta tazminatının denkleştirmeye tabi tutulup tutulmayacağıdır. Denkleştirmenin yapılabil-

mesi için yarar tazminat borcuna neden olan hukuka aykırı davranışın sebep olması gerekmekte iken sigorta tazminatı zarar görenin sigortacı ile yaptığı bir sözleşmeye dayandığından sigorta tazminatının zarar ile denkleştirilmesi mümkün değildir.

Vücut bütünlüğünün ihlâli hallerinde meydana gelen zararın bir kısmının geleceğe ilişkin olması ve zararın farazi olarak hesaplanması gerektiğini göz önünde bulunduran kanun koyucu BK m. 46/II ile hakime iki yıl içinde kararı yeniden gözden geçirme imkanı vermiştir. Bu iki yıllık süre ise hükmün verildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

KISALTMALAR

| | |
|---------------|---|
| AÜHFD. | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| BK. | Borçlar Kanunu |
| C. | Cilt |
| Çev. | Çeviren |
| E. | Esas |
| GVK. | Gelir Vergisi Kanunu |
| HD. | Hukuk Dairesi |
| HGK. | Hukuk Genel Kurulu |
| İBK. | İçtihadı Birleştirme Kararı |
| K. | Karar |
| KTK. | Karayolları Trafik Kanunu |
| m. | madde |
| RG. | Resmî Gazete |
| s. | sayfa |
| S. | Sayı |
| T. | Tarih |
| TBK. | 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TTK. | Türk Ticaret Kanunu |
| vd. | ve devamı |

BİBLİYOGRAFYA

- AKÜNAL Teoman**, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.
- AŞÇIOĞLU Çetin**, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2008.
- ATAMER Yeşim M.**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996.
- AYAN Mehmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Konya 2007.
- AYBAY Aydın**, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1995.
- ATAAY Aytakin**, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1975.
- BİRSEN Kemaleddin**, Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, İstanbul 1967.
- BURCUOĞLU Haluk**, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 87-120.
- CAN Mertol**, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2005.
- ÇALKIN Fahri/TUĞSAVUL Muhsin**, Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul 1948.
- DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre**, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, (Çev. Salim ÖZDEMİR).
- EKMEKÇİ Ömer**, Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996.
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Tıpkı Basım, İstanbul 2009.
- EREN Fikret**, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461-491.

GÖKCAN Hasan Tahsin/KAYMAZ Seydi, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta-Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Yenilenmiş Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2006.

GÜLEÇ (UÇAKHAN) Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Yenilenmiş Geliştirilmiş 5. Bası, Ankara 2008.

GÜRBÜZ Metin, Beden Tamlığının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini, Ankara 2001.

GÜRSOY Kemal Tahir, “Haksız Eylem(Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, AÜHFD, C. 31, S. 1, s. 185-198.

HATEMİ Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998.

KARAHASAN Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995.

KARAHASAN Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku Maddi Tazminat, Altıncı Bası, İstanbul 2001.

KARAKAŞ Fatma Tülay, “Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, AÜHFD, C. 55, S. 2, s. 157-180.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2007.

KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Ankara 1998.

KUBİLAY Huriye, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003.

NOMER Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2008.

NOMER Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009.

- OSER H./SCHÖNENBERGER W.**, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Ankara 1950, (Çev. Recai SEÇKİN).
- ÖNEN Turgut**, Borçlar Hukuku, Ankara 1995.
- ÖZEL Çağlar**, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C. 50, S. 4, s. 107-128.
- ÖZTÜRKLER Cemal**, Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, Ankara 2003.
- REİSOĞLU Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirminci Bası, İstanbul 2008.
- SEROZAN Rona**, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 67-101.
- TANDOĞAN Haluk**, Hukuka Aykırılık Bağı, BATIDER, C. X, Y. 1979, s. 3-21.
- TANDOĞAN Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- TEKİL Fahiman**, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi**, Borçlar Hukuku, Yeniden İncelenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 1979.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- TİFTİK Mustafa**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- TUHR Andreas von**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Ankara 1983, (Çev. Cevat EDEGE).
- TUNÇOMAĞ Kenan**, Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- ULAŞ Işıl**, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara 2006.
- ÜNAL Mehmet**, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD. C. 35, S. 1-4, s. 439-446.

BOŞ

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU İLE SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ KAYDİLEŞTİRİLMESİ KONUSUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Mücahit ÜNAL*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre bir takım değişik ve yeni hükümler getirmiştir. Bu hükümlerden bazıları, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve kaydi sistem hakkındadır. Bu çalışma, söz konusu hükümleri incelemek amacıyla hazırlanmıştır. Bu çerçevede getirilen hükümlerin sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi açısından yenilik teşkil edip etmediği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Kaydileştirme, Kaydi Sistem, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

AMENDMENTS ABOUT THE DEMATERIALIZATION OF SECURITIES MADE BY LAW NO 6102 OF TURKISH COMMERCIAL CODE

ABSTRACT

Law No. 6102 of Turkish Commercial Code carried different and new rules according to Law No. 6762 of Turkish Commercial Code. Some of these rules are about dematerialization of securities and book – entry system. This study aims at analyzing these rules. To reach this aim, whether these rules are new for dematerialization of securities or not have been examined.

Key Words: Dematerialization of Securities, Dematerialization, Book – Entry System, Law No. 6102 of Turkish Commercial Code.

* Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, munal@selcuk.edu.tr

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (Yeni Ticaret Kanunu – YTK), 13.01.2011 tarihinde TBMM’de kabul edilmiştir. Ancak YTK’nın yürürlüğe gireceği tarih², 01.07.2012 olarak belirlenmiştir (YTK m.1534).

YTK’nın birçok maddesi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na (Mer’i Ticaret Kanunu – MTK) göre birtakım yeni hükümler getirmektedir³. Bu yeni hükümlerin bazıları da Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesi ile düzenlenen sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ve Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sisteme ilişkindir⁴.

Kaydileştirme, sermaye piyasası araçlarının⁵ fiziki olarak senet⁶ üzerine basılmasından vazgeçilerek, elektronik ortamdaki⁷ kayıtlara aktarılmasıdır⁸. Kaydi sistem ise, kaydi⁹ sermaye piyasası araçlarının ve bu araçlara ilişkin

¹ RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

² YTK’nın 1534. maddesi ile YTK’da yer alan çeşitli maddelere ilişkin farklı yürürlük tarihleri belirlenmiştir. Ancak YTK’nın birçok maddesi için genel yürürlük tarihi 01.07.2012’dir.

³ Örneğin YTK’nın 149, 202, 349, 382, 421, 504, 505, 549, 554 ve 1524. maddelerinde menkul kıymet kavramına yer verilmiştir. MTK’da ise, menkul kıymet kavramına hiç yer verilmiştir.

⁴ Yeni hükümler getirilmiş olmasına rağmen, YTK’da Merkezi Kayıt Kuruluşu kanalıyla devrin göz ardı edilmesinin önemli bir eksiklik olduğu yönünde bkz. MOROĞLU, Tasarı (2009), s. 281.

⁵ Tanımda bazı sermaye piyasası araçları ifadesinin kullanılmasının sebebi kaydileştirmenin her zaman tüm sermaye piyasası araçlarını kapsamamasıdır. Bunun sebebi bazen kaydi sermaye piyasası aracının özelliği, bazen de kaydileştirmeye ilişkin hukuki düzenlemeler olabilir. Kaydileştirilebilecek sermaye piyasası araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, §4, II.

⁶ Buradaki senet kavramı, üzerine yazı yazılabilen her türlü materyali kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Kıymetli evraktaki senet kavramının da üzerine yazı yazılabilecek ve imza atılabilecek (mikrofilm, disket, çip ve hatta veri tabanı dahil) her türlü materyali kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği yönünde bkz. POROY / TEKİNALP, N. 16.

⁷ Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 2. fıkrasında kayıtlara ilişkin bilgi verilirken, “*Kayıtlar; Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla tutulur*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde kayıtların tutulacağı yer bilgisayar ortamı olarak gösterilmiştir. Ancak kanaatimizce tanım yapılırken “bilgisayar ortamı” yerine “elektronik ortam” kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçlarının bilgisayar ortamı dışında başka elektronik ortamlarda da tutulabilmesi mümkündür. Nitekim elektronik ortam, bilgisayar ortamını da kapsayan bir üst kavram niteliğindedir. Kayıtların tutulması açısından elektronik ortam kullanımı için bkz. ERGİNCAN / YAYLA, s. 158; SPK, s. 18.

⁸ SIFMA, s. 3; GUYNN, s. 13; LOADER, s. 201; NORMAN, s. 11; TURANBOY, s. 44.

⁹ Kaydi ifadesi ile hem kaydi sistemde kaydi olarak ihdas edilen sermaye piyasası araç-

hakların Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan hesaplarda kayden izlendiği ve bu araçlara ilişkin hukuki işlemlerin Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdindeki hesaplar üzerinde kaydi olarak yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirildiği bir merkezi saklama sistemidir¹⁰.

Bu çalışmada da YTK ile getirilen yeni hükümlerden sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve kaydi sistem ile bağlantılı olanlar, kısaca incelenecektir.

I. 6102 SAYILI TİCARET KANUNU'NUN KULLANDIĞI TERMİNOLOJİ

Terminolojiye ilişkin olarak üzerinde durulması gereken ilk konu, YTK'da “halka açık şirket¹¹”, “halka açık anonim şirket¹²”, “pay senetleri borsada işlem gören şirket¹³”, “pay senetleri borsada işlem gören anonim şirket¹⁴” ve “pay senetleri borsaya kote edilmiş anonim şirket¹⁵” gibi birbirine benzer, ancak farklı kavramlara yer verilmiş olmasıdır. Aslında bu kavramların tamamını ile halka açık anonim şirketler kastedilmektedir. Ancak YTK'da halka açık anonim şirketler için kullanılan ifadeler arasında bir kavram birliği bulunmamaktadır¹⁶.

Öte yandan halka açık şirketler esas itibariyle Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmiş olup, bu Kanun'da “pay senetleri borsada işlem gören anonim şirket” ve “pay senetleri borsaya kote edilmiş anonim şirket” gibi kavramlara hiç yer verilmemiştir. Sermaye Piyasası Kanunu'nda bu şirketler için “halka açık anonim ortaklık” kavramı esas alınmıştır¹⁷. Dolayısıyla YTK

ları hem de daha önce fiziki olarak senet üzerine basılan, ancak daha sonra kaydileştirilerek kaydi sisteme aktarılan sermaye piyasası araçları kast edilmektedir.

¹⁰ NORMAN, s. 11, 315; ÜNAL, Kaydileştirilmesi, s. 3.

¹¹ Bkz. YTK'nın 361, 399, 411, 420, 531, 559. maddeleri.

¹² Bkz. YTK'nın 142, 149, 171, 188, 332, 360, 434, 439, 460, 1529. maddeleri.

¹³ Bkz. YTK'nın 378 ve 379. maddeleri.

¹⁴ Bkz. YTK'nın 404. maddesi.

¹⁵ Bkz. YTK'nın 1527. maddesi.

¹⁶ Aynı yönde bkz. AYTAÇ, s. 69 – 70. Birbirinden farklı terimlerin kullanılmasının kavram karışması olarak görülmemesi gerektiği, bu kullanımın bilinçli olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, Sermaye Piyasası, s. 25.

¹⁷ Sermaye Piyasası Kanunu'na göre sadece hisse senetleri borsada işlem gören şirketler değil, ortak sayısı belli bir sayıyı geçen şirketler de halka açık şirket olarak kabul edilmektedir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 3. maddesine göre; “*Halka Açık Anonim Ortaklık: Bu Kanunun uygulanmasında halka açık anonim ortaklık, hisse senetleri halka*

ile getirilen hükümler, Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu arasında terminoloji uyumsuzluğu problemine yol açabilecek niteliktedir¹⁸. YTK'nın genel gerekçesinde “pay senetleri borsada işlem gören şirket” kavramının kullanılma sebebi Dünya'daki ve Avrupa'daki uygulamalara uyum sağlamak olarak belirtilmiştir¹⁹. Ancak bu uyum sağlama çabası, iç hukuktaki farklı hukuki düzenlemeler arasında terminoloji uyumsuzluğu problemini de beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede hem YTK'da kullanılan kavramlar arasında hem de YTK ile Sermaye Piyasası Kanunu arasında terminoloji uyumsuzluğu problemi ortaya çıkmıştır.

Kanaatimizce söz konusu problem, YTK'da yapılacak değişikliklerle ortadan kaldırılmalıdır. Bu değişikliklerin YTK yürürlüğe girmeden yapılması, YTK'nın uygulamaya geçme aşamasında ortaya çıkabilecek problemleri bertaraf edecektir. Bu çerçevede, öncelikle halka açık şirketler için YTK'da kullanılan birbirinden farklı kavramlar uyumlaştırılmalıdır. Bu şirketler için YTK'da kullanılacak en uygun kavram, “halka açık şirket” kavramıdır.

“Halka açık” ifadesinin tercih edilmesinin nedeni, bu şirketlerin esas düzenlenme yeri olan Sermaye Piyasası Kanunu'nun “halka açık (ortaklık)” kavramını kullanmış olmasıdır. “Ortaklık” yerine “şirket” ifadesinin tercih edilmesinin nedeni ise, şirketlerin düzenlenme yeri olan YTK'nın prensip

arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklardır”. Yine Sermaye Piyasası Kanunu'nun 11. maddesine göre “*Pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar*”.

¹⁸ Söz konusu uyumsuzluk ve ortaya çıkabilecek problemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. MANAVGAT, Tasarı, s. 532 vd.

¹⁹ YTK'da yer alan bu tür bir kullanımın sebebi, Genel Gerekeçe'nin Anonim Şirketler başlıklı bölümünde “... *anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerinde, tüm Dünya'da ve Avrupa'da, son zamanlarda yeni bir terime özellikle yer verilmiştir. Gerçekten bir çok varsayımda “halka açık anonim şirket” yerine “pay senetleri borsada işlem gören anonim şirket” ibaresi tercih edilmiştir. Avrupa'da da artık “halk şirketi” yerini “pay senetleri borsada işlem gören şirket”e bazen de kısaca “borsa şirketi”ne bırakmıştır. Kurumsal yönetim kuralları ve konsolide finansal tablolarla IFRS, pay senetleri borsada işlem gören şirketlere uygulanmakta ve bağlı nama yazılı paylarda ve daha birçok konuda pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için özel düzenlemeler getirilmekte, bu hallerde “halka açık anonim şirket” teriminin kullanılmasından kaçınılmaktadır*” şeklinde açıklanmıştır.

olarak “şirket”²⁰ ifadesini kullanmış olmasıdır²¹. Ayrıca “anonim” ifadesine yer verilmemesinin nedeni, halka açık şirketleri düzenleyen Sermaye Piyasası Kanunu’nda ileriki dönemlerde yapılacak değişikliklerle, anonim şirketler dışındaki şirket türlerine de halka açılma konusunda izin verilebilme ihtimalidir. Nitekim mevcut durumda da anonim şirketler dışındaki şirket türleri halka açık statüye sahip olmadıkları için ayrıca “anonim” ifadesinin kullanılmasına gerek yoktur. Dolayısıyla YTK, halka açık şirket kavramını kullanmalı, bu şirketler için “borsada işlem görme” veya “borsaya kote olma” gibi farklı durumlar ele alınacaksa, bunun yeri halka açık şirketlerin esas düzenlenme yeri olan Sermaye Piyasası Kanunu olmalıdır²².

Öte yandan YTK’da kullanılan “pay senetleri borsada işlem gören anonim şirket” ve “pay senetleri borsaya kote edilmiş anonim şirket” kavramları, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesinin temel felsefesine aykırıdır. Çünkü kaydileştirmenin temelinde yatan senetsizleştirmedir. Söz konusu kavramlarda ise, “senet” ifadesi yer almaktadır. Ayrıca payları borsada işlem gören veya payları borsaya kote edilmiş halka açık şirketlerin payları kaydileştirilmiştir. Dolayısıyla bu şirketlere ilişkin payların fiziki senetler üzerine basılması söz konusu değildir. Bu şirketlere ilişkin paylar için kullanılacak en uygun kavram, “kaydi pay” kavramıdır. Borsa ifadesine vurgu yapılması isteniyor ise, senet ifadesine yer verilmeden “payları borsada işlem gören şirket” kavramı da kullanılabilir²³. Nitekim mevcut durumda da payları borsada işlem gören anonim şirketlerin payları kaydileştirilmiştir ve bu paylar kaydi pay olarak isimlendirilmektedir.

²⁰ Şirketlerin esas düzenlenme yeri olan YTK’da “şirket” kavramının tercih edilmesine rağmen, 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda kavram olarak “şirket” ifadesine hiç yer verilmemesi, bunun yerine “ortaklık” kavramının tercih edilmesi terminoloji uyumu açısından uygun olmamıştır. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu tasarıları arasında dil ve kavram uyumsuzluğu olduğu yönünde bkz. MOROĞLU, Makaleler II, s. 217 – 218.

²¹ YTK’da prensip olarak “ortaklık” ifadesine yer verilmemiştir. Sadece YTK’nın 1531. maddesinde yer alan “*Bu Kanuna göre “ortaklık”, “kollektif ortaklık”, “komandit ortaklık”, “anonim ortaklık”, “sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık”, “limited ortaklık” ve “kooperatif ortaklık” terimleri, sırasıyla “şirket”e, “kollektif şirket”e, “komandit şirket”e, “anonim şirket”e, “sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket”e, “limited şirket”e ve “kooperatif şirket”e eş anlamda kanuni terimlerdir ve bu terimler birbirleri yerine kullanılabilir*” şeklindeki hükümde “ortaklık” ifadesi yer almaktadır.

²² Ticaret Kanunu’nda halka açık anonim şirketlere ilişkin düzenlemelere yer verilmesinden kaçınılması gerektiği yönünde bkz. ARKAN, s. 51.

²³ Manavgat, Sermaye Piyasası Kanunu ile bütünlüğün sağlanabilmesi açısından “halka açık anonim ortaklık” kavramının tercih edilmesini, niteliği gerektiriyorsa “pay senetleri borsada veya teşkilatlanmış piyasalarda işlem gören” kavramının kullanılmasının yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. MANAVGAT, Tasarı, s. 534.

Burada üzerinde durulması gereken konulardan biri de sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ile bağlantılı YTK'nın 495, 496, 497 ve 1527. maddelerinde kullanılan “borsaya kote edilmiş pay²⁴” kavramıdır. Borsaya kote edilmek, borsada işlem görmekten farklı ve daha geniş bir kavramdır²⁵. Hâlbuki söz konusu maddeler incelendiğinde bu maddelerin anonim şirket paylarının kaydi sistem aracılığı ile borsada kayden işlem görmesini düzenlediği görülecektir²⁶. Bu nedenle (bu tür hükümlerin yerinin Sermaye Piyasası Kanunu olduğunu düşünmekle birlikte) söz konusu maddelerde mutlaka “borsa” vurgusu yapılmak isteniyorsa “borsaya kote edilme” kavramı yerine “borsada işlem görme” kavramının kullanılması gerektiği kanaatindeyiz²⁷.

Terminolojiye ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir başka konu YTK'da yer alan anonim şirket payına ilişkin kavramlardır. Anonim şirket payı için YTK'da hem “pay senedi” kavramına hem de (senet unsuru yer almadan) sadece “pay” kavramına yer verilmiştir. Kanaatimizce, bu tür bir kullanımın tercih edilmesi olumlu olup, bu tercihin nedeni, senede bağlanmayan çıplak paylar ve özellikle Sermaye Piyasası Kanunu 10/A maddesi ile getirilen fiziki olarak senet üzerine basılmayan ve elektronik ortamda varlığını sürdüren kaydi paylardır²⁸. Bu çerçevede YTK'da genel esas “pay” kavramının kullanılması olup, mecbur kalınmadığı sürece “pay senedi” kavramının kullanılması tercih edilmemiştir. Bu tercih 493. maddeye ilişkin madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir²⁹.

²⁴ YTK'da, sadece “borsaya kote edilmiş nama yazılı pay”lardan bahsedilmiş, borsaya kote edilmiş diğer paylara ilişkin herhangi bir hükme ise, yer verilmemiştir. Bu durum YTK açısından bir eksiklik olarak kabul edilebilir. Sadece “borsaya kote edilmiş nama yazılı pay”lara ilişkin hükümler içermek yerine, daha kapsayıcı olan borsada işlem gören payların temel alınarak düzenleme yapılmasının daha isabetli olduğu yönünde bkz. MANAVGAT, Tasarı, s. 535; AYHAN, s. 140.

²⁵ Kotasyon, borsada işlem görmesi istenen anonim şirket paylarının ilgili borsa yönetmeliklerindeki şartları taşımaları durumunda ilgili pazar listesine kayıt edilmesidir. Bkz. İMKB, s. 225.

²⁶ YTK'da yer alan “borsaya kote edilme” ibaresinin “borsada işlem görme” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. TEKİNALP, Sermaye Piyasası, s. 36.

²⁷ Aynı yönde bkz. MANAVGAT, Tasarı, s. 534 – 535; AYTAÇ, s. 70.

²⁸ Kaydi sermaye piyasası aracı, “fiziki olarak bir senet üzerine basılarak teccüm etmeyen, Sermaye Piyasası Kurulu'na kaydileştirilmesine karar verilerek kaydi sisteme aktarılan veya kaydi olarak kaydi sistemde ihdas edilen ve kaydi sistem kapsamında elektronik ortamdaki hesaplarda kaydi olarak saklanan ve izlenen sermaye piyasası aracı” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. SODERQUIST / GABALDON, s. 2; GUYNN, s. 13; LOADER, s. 201; GARNER, s. 640.

²⁹ Söz konusu madde gerekçesine göre; “490 ıncı maddeden itibaren zorunlu bazı istisnalar

YTK, anonim şirket paylarının devri açısından, MTK'nın benimsediği "teslim" kavramı yerine (MTK m.415 – 416), "zilyetliğin geçirilmesi" kavramını tercih etmiştir. Kanaatimizce kavram tercihindeki bu değişiklik, olumlu bir değişikliktir³⁰. Nitekim MTK'da anonim şirketlerin paylarının devri açısından "teslim" kavramı kullanılmasına rağmen bunun, "zilyetliğin geçirilmesi" şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir³¹. Kaydi sermaye piyasası araçları fiziki olarak senet üzerine basılmadıkları için, şirket payının devrinde devralana teslim edilebilecek bir senet de bulunmamaktadır. Bu nedenle kaydi sermaye piyasası araçlarının devri, zilyetliğin geçirilmesi yöntemlerinden biri olan zilyetliğin havalesi³² ile açıklanmaktadır³³.

dışında "pay senedi" terimi yerine "pay" kelimesi kullanılmıştır. Bunun temelde iki sebebi vardır: Borsaya kotasyon yaptırmayan şirketlerde pay da pay senedi de bulunabilir. Hamiline yazılı senetlerin aksine Tasarı, payları borsada işlem görmeyen şirketlerde nama yazılı payların senede bağlanması zorunluluğunu getirmemiştir. 486 ncı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca azlık talep ederse şirket nama yazılı pay senedi bastırıp, sahiplerine dağıtmak zorundadır. Böyle bir istem bulunmadığı sürece payın senede bağlanması zorunluluğu yoktur. Öyle ise 491 ilâ 494 üncü maddelerde "pay senedi" yerine "pay" terimi kullanılması daha doğru ve amaca daha uygundur. Yorum yapılırken anılan maddelerdeki "pay" teriminin "pay senedi" şeklinde anlaşılması gerekir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için pay senedi teriminin kullanılması daha da zor hatta bir anlamda imkânsızdır. Çünkü, SerPK m. 10/A hükmü ile sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi sistemi hukukumuzda getirilmiş bu bağlamda Merkezi Kayıt Kuruluşu kurulmuştur. 2005 yılından itibaren bu Merkez çalışmaya başlayacak yani bu Merkeze bağlı anonim şirketler açısından pay senedi çıkarılması uygulaması kaldırılacak, çıkarılmış pay senetleri de imha edilerek kaydi haklar düzenine geçilecektir. Bu sebeple, borsaya kote edilenler artık pay senetleri değil paylar olacaktır. Kuramsal açıdan, Merkezi Kayıt Sistemine kaydedilmiş payların, bu kayıt ile bir çeşit "senet" niteliği taşıdığı görüşü ileri sürülebilir. Nitekim yabancı hukuklarda senedi, çağrıştırur şekilde "kaydi değerler"den söz edilmiştir. Bazı yazarlar kaydi değerlerin bir çeşit senet gibi düşünülebileceğini de ileri sürmüşlerdir. Ancak, Ticaret Kanunu gibi yoğun kullanıma konu olan kanunda sadece ileri sürülmüş olmak özelliği gösteren görüşlere dayanarak terim seçimi yapılamaz. Ayrıca, SerPK m. 10/A'da "kaydi değer"ler yerine "kayıt edilen haklar" terimi kullanılmıştır. Buradaki "hak", "senet" olarak nitelendirme bakımından "değer"den daha zayıf bir kelimedir. Bu sebeplerle 495 ve devamı maddelerde de "pay" terimi kullanılmıştır³⁴.

³⁰ Aynı yönde bkz. TÖREMİŞ, s. 37; NARBAY, s. 188 – 189.

³¹ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 1113, N. 1131.

³² Zilyetliğin havalesi, vasıtalı zilyedin, zilyetliğini aralarındaki bir anlaşma gereğince vasıtasız zilyet dışındaki bir üçüncü kişiye devretmesidir (MK. m.979). Diğer bir ifade ile zilyetliğin havalesi, asli zilyedin, üçüncü bir şahsın fer'i zilyetliğinde bulunan bir malın zilyetliğini, doğrudan doğruya zilyetlik durumunda bir değişiklik meydana getirmeksizin irade beyanıyla nakletmesidir. Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 73; AYAN, s. 70.

³³ Aynı yönde bkz. ÖZTAN, s. 337; AYHAN, s. 127 – 128.

II. 6102 SAYILI TİCARET KANUNU İLE GETİRİLEN BAZI YENİ HÜKÜMLER

Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ile ilgili YTK'nın 496. maddesine göre; “*Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenlemelerine uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirir veya³⁴ şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlar³⁵*”. Kanaatimizce madde metninde geçen “bildirir” ifadesi uygun olmamıştır³⁶. Çünkü ihraççı şirketler Merkezi Kayıt Kuruluşu üyesi olup, kaydi sisteme girerek bilgilere ulaşabilmekte, nama yazılı pay sahiplerini tespit edebilmektedir³⁷. Burada, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na sadece ihraççı şirketlerin sisteme erişerek bilgi almasını teknik açıdan sağlama sorumluluğunun yüklenmesi daha doğru olacaktır. Yoksa borsada işlem gören milyonlarca paya ilişkin Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından bildirim yapılması zorunluluğu gündeme gelecektir.

Ayrıca söz konusu bildirim şekli ve mahiyeti de madde metninden anlaşılammaktadır. Düzenleme ile kast edilen ilgili değişikliklerin ihraççı alt hesaplarına yansıtılması veya ihraççı şirketlerin bu bilgilere teknik olarak erişebilmesini sağlama ise, kaydi sistem bu fonksiyonu halihazırda yerine getirmektedir³⁸. Dolayısıyla bu durumda söz konusu düzenlemede yer alan hükmü

³⁴ Adalet Komisyonunca kabul edilen (2007 tarihli) metinde yer alan “ve” ibaresi “veya” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik metinde yer alan “ve” ibaresinin “veya” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde ortaya çıkabilecek eleştirileri engellemesi açısından olumlu bir değişikliktir.

³⁵ Ticaret Kanunu Tasarısının 2005 tarihli metninde 496. maddenin metninin son kısmında yer alan “veya şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlar” ifadesi yer almamaktaydı. Daha sonra madde metnine “ve şirketin bunu ekranda görmesini teknik açıdan sağlar” şeklinde bir ekleme yapılmıştır. Ancak Alt Komisyonca, 496. maddenin sonundaki “bunu ekranda görmesini teknik açıdan sağlar” ifadesi bilişim terminolojisine daha uygun olan “bu bilgilere teknik erişimini sağlar” şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklikler Adalet Komisyonu tarafından da kabul edilmiştir. Bkz. 03.05.2007 tarih ve E. 1/1138, K. 123 sayılı Adalet Komisyonu raporu.

³⁶ Tasarı'nın ilgili madde gerekçesinde bildirim yükümlülüğünün sebebi “*Hükümde Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun da bildirim yükümü altında bulunmasının sebebi, SerPK m. 10/A (2) hükmü uyarınca, kayıtların bilgisayar ortamında aracı kuruluşlar itibarıyla de tutulacak olmasıdır. Aracı kuruluşlar yaptıkları işlemleri Merkezi Kayıt Kuruluşuna da bildireceklerine göre, bilginin iki kanaldan gelmesinin şirketçe doğruluğunun saptanmasında yararlı olacağı düşünülmüştür*” şeklinde açıklanmaktadır.

³⁷ Manavgat, mevcut sistemde (kaydi sistemde) ihraççılar Merkezi Kayıt Kuruluşu üyesi olduğu ve doğrudan kaydi sisteme bilgisayar sistemi aracılığı ile bağlanabildikleri için aktif bir bildirim yapılmasına gerek kalmadığı görüşündedir. Bkz. MANAVGAT, Tasarı, s. 536.

³⁸ AYHAN, s. 136.

bir yenilikten çok, bir uyumlaştırma gayreti olarak değerlendirmek gerekir.

Öte yandan YTK'nın 497. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Borsaya kote nama yazılı paylar borsada iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer. Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvurusunda bulunmasıyla devralana geçer*”. Bu hükme göre; borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda, paydan kaynaklanan hakların devralana geçme zamanı, borsada yapılan devir ve borsa dışında yapılan devir açısından farklı şekilde düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin nedeni³⁹, borsada yapılan işlemlerden kaydi sistem aracılığı ile ihraççı şirketin haberdar olmasıdır⁴⁰. Borsa dışında yapılan devirlerden ise, ihraççı şirket ancak kendisine bildirim yapılırsa haberdar olur. Dolayısıyla YTK'nın 497. maddesinde yer alan hükümden de (496. maddede olduğu ve yukarıda açıklandığı üzere) ihraççıların kaydi sistemi kullanarak nama yazılı pay sahiplerindeki değişiklikler hakkında bilgi sahibi olabilecekleri sonucu çıkmaktadır.

YTK'nın 499. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, “*Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeler saklıdır*”⁴¹ hükmü de sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve kaydi sistem ile bağlantılıdır. Kanaatimizce bu hükmün asıl getirilme sebebi, aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan “*Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir*” ifadesidir. Çünkü hükmün 5.

³⁹ Söz konusu farklılığın sebebi 497. maddenin madde gerekçesinde “*Borsadan iktisap halinde devralan malvarlıksal hakların hemen sahibi olur. Pay senetlerinin borsanın dışında devralınması halinde devralan senetlerin mülkiyetini kazanır, malvarlıksal hakları ise ancak başvurunca yani devri ispatlayınca edinir. Bu farkın sebebi borsada iktisap halinde 496 nci madde uyarınca, aracı kurum ile Merkezi Kayıt Kuruluşunun devri derhal şirkete bildirmeleridir*” şeklinde açıklanmıştır. Ancak kanaatimizce söz konusu farklılığın nedeni bildirim değil, ihraççıların kaydi sistemi kullanarak durumdan haberdar olmalarıdır.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. AYHAN, s. 136.

⁴¹ Ticaret Kanunu Tasarısının ilk halinde yer almayan bu fıkra, Alt Komisyon tarafından metne eklenmiştir. Alt Komisyonca, Tasarının 499 uncu maddesine, 417 nci maddede yapılan düzenlemeler dikkate alınarak, Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeleri saklı tutan, beşinci fıkra eklenmiştir. Yapılan değişiklik Adalet Komisyonu tarafından da kabul edilmiştir. Bkz. 03.05.2007 tarihli Adalet Komisyonu raporu. Tasarı'nın ilk halinde 499. maddede, maddede sözü edilen hakların tesisinde Merkezî Kayıt Kuruluşu'nun göz ardı edilmesinin önemli bir eksiklik olduğu yönünde bkz. MOROĞLU, Tasarı (2005), s. 165.

fıkrası ile Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenen nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı tutulmamış olsaydı⁴², 499. maddenin 4. fıkrasındaki “sadece” ifadesi nedeniyle Sermaye Piyasası Kanunu 10/A maddesinin 6. fıkrasındaki “*Payların devrinin, Türk Ticaret Kanununun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibariyle tutulan kayıtlar esas alınır*” hükmünün uygulama alanı kalmayacaktı.

Öte yandan YTK’nın 499. maddesinin 5. fıkrası ile birlikte, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 6. fıkrasında yer alan hükmün, sadece nama yazılı paylar veya hamiline yazılı paylar için mi, yoksa hem nama yazılı paylar hem de hamiline yazılı paylar için mi getirildiği konusundaki tereddüt ortadan kaldırılmıştır. Çünkü Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 6. fıkrasının atıfta bulunduğu MTK’nın 417. maddesinde belirtilen devrin pay defterine kayıt edilmesi kuralının, sadece nama yazılı paylar açısından geçerli olduğu ifade edilmektedir⁴³. Bunun sebebi olarak; 1) Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 6. fıkrasının metninde, sadece pay defterine ve MTK’nın 417. maddesine atıf yapılmış olması⁴⁴ ve 2) MTK’nın 417. maddesinde ise, nama yazılı payların pay defterine kaydının düzenlenmiş olması gösterilmektedir. Ancak söz konusu hükmün sadece nama yazılı paylar açısından geçerli olduğu, hukuki düzenlemelerde açıkça ifade edilmemiştir. 6103 sayılı Kanun’un⁴⁵ 7. maddesi⁴⁶ nedeniyle, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesindeki MTK’nın 417. maddesine yapılan atıf, yürürlüğe girmesiyle birlikte YTK’nın 499. maddesine yapılmış sayılacaktır. MTK’nın 417.

⁴² Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerinin, bu hükümlerin özel niteliğe sahip anonim şirketlere uygulanacak olması sebebiyle, saklı tutulduğundan ayrıca söz edilmesinin gereksiz olduğu yönünde bkz. ARKAN, s. 51.

⁴³ Aynı yönde bkz. MANAVGAT, Kaydi Sistem, s. 183; TEKİNALP, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 539; ERGİNCAN / YAYLA, s. 153.

⁴⁴ TEKİNALP, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 539.

⁴⁵ 14.01.2011 tarih ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG. T. 14.02.2011, S. 27846).

⁴⁶ 6103 sayılı Kanun’un Yollamalar başlıklı 7. maddesi şu şekildedir: “*Bu Kanunun ve Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle, 6762 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen maddelerine diğer mevzuat tarafından yapılmış bulunan yollamalar, Türk Ticaret Kanununda o maddeleri karşılayan hükümler varsa onlara yapılmış sayılır. Aksi hâlde, hâkim 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 1 inci maddesini uygular. Birinci cümle hükmü, esas sözleşmeler dahil, her çeşit sözleşme, taahhütname, beyan ve benzeri metinlerdeki eski hukuka yapılmış olan yollamalar için de geçerlidir*”.

maddesi ile YTK'nın 499. maddesi benzer hükümler içermektedir⁴⁷. YTK'nın 499. maddesi de pay defterine ve nama yazılı payların pay defterine kaydına ilişkindir. Bununla birlikte YTK'nın 499. maddesinin 5. fıkrası ile (MTK'nın 417. maddesinden farklı olarak) “*Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeler saklıdır*” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm kaydi sistem kapsamındaki kaydi anonim şirket payları açısından “nama yazılı paylara ilişkin” ifadesini kullanarak, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 6. fıkrası ile getirilen düzenlemenin açıkça sadece nama yazılı paylar için geçerli olduğunu düzenlemiştir.

Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 2005 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan ilk metninde yer alan “Giriş kartı” başlıklı 415. maddesinde, MTK'nın 360. maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi hamiline yazılı pay sahiplerinin genel kurula katılmaları için toplantı gününden bir hafta önce şirkete başvurmaları zorunlu tutulmuştu⁴⁸. Ancak Tasarı'nın bu hükmüne göre MTK'dan farklı olarak hamiline yazılı pay sahipleri genel kurula katılmak için giriş kartı alma mecburiyetine tabi tutulmaktaydı⁴⁹. Bununla birlikte Tasarı'da bir haftalık sürenin önüne MTK'da bulunmayan “en az” ifadesi eklenmişti. Böylece hamiline yazılı pay sahiplerinin genel kurula katılması için şirkete başvurmaları gereken bir haftalık sürenin kısaltılmasının⁵⁰ da önüne geçilmiş-

⁴⁷ MTK'nın 417. maddesinin metni şu şekildedir: “(1) Şirket, nama yazılı hisse senetleri sahiplerini ad, soyad ve adresleriyle bir pay defterine kaydeder. (2) Hisse senedinin yukarıki maddeye uygun olarak devredildiği ispat edilmedikçe devralan pay defterine yazılamaz. (3) İdare meclisi, kaydın yapıldığını hisse senedine işaret eder. (4) Şirkete karşı ancak pay defterinde kayıtlı bulunan kimse ortak sıfatını haizdir”. YTK'nın 499. maddesinin metni ise şu şekildedir: “(1) Şirket, senede bağlanmamış pay ve nama yazılı pay senedi sahipleriyle, intifa hakkı sahiplerini, ad, soyad, unvan ve adresleriyle, pay defterine kaydeder. (2) Payın usulüne uygun olarak devredildiği veya üzerinde intifa hakkı kurulduğu ispat edilmediği sürece, devralan ve intifa hakkı sahibi pay defterine yazılamaz. (3) Şirket, kaydın yapıldığını pay senedine işaret eder. (4) Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir. (5) Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeler saklıdır”.

⁴⁸ Ticaret Kanunu Tasarısı'nın ilk metninde yer alan 415. maddenin 1. fıkrasının metni şu şekildedir: “*Hâmiline yazılı pay senedi zilyetleri toplantı gününden en az bir hafta önce şirkete başvurarak giriş kartı alır ve genel kurul toplantısına bu kartlarla katılırlar*”.

⁴⁹ MTK'ya göre genel kurula katılmak için giriş kartı alma mecburiyeti olmadığı yönünde bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 967.

⁵⁰ MTK'nın 360. maddesinde yer alan bir haftalık sürenin emredici nitelikte olmadığı yönünde bkz. ÇEKER, 256. Bir haftalık sürenin kısaltılabileceği yönünde bkz. DAĞ, s. 234. Bir haftalık sürenin kısaltılamayacağı yönünde bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 967.

ti. Dolayısıyla hamiline yazılı pay sahiplerinin payları üzerinde tasarruf edememe sürelerinin kısaltılması imkânı ortadan kaldırılmıştır⁵¹. Kanaatimizce bu tasarruf edememe engeli ve bu engelin en az bir hafta sürecek olması ile genel kurula katılmak için getirilen giriş kartı gibi ekstra yeni şekil şartları özellikle borsada işlem gören anonim şirket pay sahiplerinin genel kurula katılma isteğini zayıflatacak niteliktedir⁵². Ayrıca şirkete başvurma süresinin kısaltılmaması, sadece uzatılabilmesi gerçeği yanında bu süre içerisinde hamiline yazılı payların zilyetliğin havalesi ile devrinin mümkün olması⁵³, gerçek anlamda pay sahibi olanların genel kurula katılma oranını düşürebilecektir. Öte yandan Tasarı'nın 415. maddesinin 2. fıkrası⁵⁴ ile getirilen, MTK'da olmayan, sadece kimliklerini göstererek genel kurula katılabilen nama yazılı pay sahiplerinin de hamiline yazılı pay sahiplerine ilişkin prosedüre tabi tutulabileceği kuralı, pay sahiplerinin genel kurula ilgisini azaltacak ve genel kurula katılma oranını düşürecek niteliktedir. Bu durum ise anonim şirketlerde *güç boşluğu*⁵⁵ denilen durumun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Dolayısıyla anonim şirket, genel kurullara ilgili, ancak aslında çoğunluğa sahip olmayan bir azınlık tarafından yönetilir hale gelecektir.

Tasarı'nın ilk metninde yer alan ve yukarıda belirttiğimiz prosedür, özellikle Kaydileştirme Tebliği⁵⁶ ile getirilen “genel kurul tarihine en yakın zamanda genel kurul blokajı yapılabilmesi” ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁵⁷. Kaydileştirme Tebliği'nin getirdiği sistem, genel kurula katılmak isteyen pay sahiplerine genel kurul gününde hatta genel kurul saatine kadar blokaj yapma

⁵¹ Kaydileştirme Tebliği'nin 18. maddesi, kaydileştirme kapsamındaki şirketler açısından bu sürenin genel kurul saatine kadar kısaltılabilmesine olanak sağlamaktadır.

⁵² Toplantı gününden en az bir hafta önce ortaklığa başvurarak giriş kartı almaları zorunluluğunun, sermaye piyasasının ihtiyaçlarıyla bağdaşmadığı ve AB hukukundaki eğilimlere de ters düştüğü yönünde bkz. MANAVGAT, Pay Blokajı, s. 234.

⁵³ Aynı yönde bkz. ÇEKER, s. 258; DAĞ, s. 243 – 244.

⁵⁴ Ticaret Kanunu Tasarısı'nın ilk metninde yer alan 415. maddenin 2. fıkrasının metni şu şekildedir: “Yönetim kurulu, esas sözleşmede öngörölmüş ve ilânda da belirtilmiş olması kaydıyla, nama yazılı pay senedi sahiplerinin genel kurula katılmalarını, bu maddenin birinci fıkrası uyarınca giriş kartı alınması şartına bağlayabilir”.

⁵⁵ Anonim şirketlerde güç boşluğu kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Mustafa, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarında Oluşan Güç Boşluğu ve Giderilmesi Yollarından Vekâleten Oy Kullanma (Proxy) Sistemi, 1999

⁵⁶ Seri: IV, No: 28 sayılı Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (RG. T. 22.12.2002, S. 24971).

⁵⁷ Ticaret Kanunu Tasarısı'nın ilk metninde yer alan 415. maddede Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarına dayalı pay sahipliğinin göz önünde tutulmadığı yönünde bkz. MOROĞLU, Tasarı (2005), s. 133.

imkanı tanımaktadır. Temel amacı fiyat değişikliklerinden kazanç elde etmek ve kâr payı almak olan yatırımcının klasik davranış şekline uygun sistem de bu şekilde olmalıdır. Yatırımcının payları üzerinde tasarruf edememe zamanı olabildiğince kısaltılmalı ve şekli prosedürler ortadan kaldırılmalıdır. Ancak bu gerçek ile Tasarı'nın 415. maddesinin ilk metninde yer alan hükmü bağdaştırmak oldukça güçtür. Nitekim TBMM Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği metin⁵⁸ ile 415. madde yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle değiştirilmiştir⁵⁹. Bu çerçevede YTK ile kaydi anonim şirket payına ilişkin yönetsel hakların kullanılmasında bazı yeni hükümler getirilmiştir⁶⁰. Bu hükümlerden 415. maddenin 2. fıkrasına göre; “*Hazır bulunanlar listesinde adı bulunan... ..Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen pay sahipleri... ..genel kurula katılır. Gerçek kişilerin kimlik göstermeleri... .. şarttır*”. Ayrıca 415. maddenin 4. fıkrasına⁶¹ göre; “*Genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı, pay sahibinin payların sahibi olduğunu kanıtlayan belgeleri veya pay senetlerini şirkete bir kredi kuruluşuna veya başka bir yere depo edilmesi şartına bağlanamaz*”⁶². Hazır bulunanlar listesinin oluşturulması hakkındaki YTK'nın 417. maddesinin⁶³ 1. fıkrasına göre ise; “*Yönetim Kurulu, Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca genel kurula katılabilecek kayden izlenen payların sahiplerine ilişkin listeyi, Merkezi Kayıt*

⁵⁸ Komisyonun 03.05.2007 tarih ve E. 1/1138, K. 123 sayılı kararı ile

⁵⁹ TBMM Adalet Komisyonu'nun (03.05.2007 tarih ve E. 1/1138, K. 123 sayılı) sayılı raporu ile yapılan değişiklik şu şekilde açıklanmıştır. “*Alt Komisyonca, Tasarının 415 inci maddesi, genel kurula katılabilmek amacıyla pay senetlerinin uzun süre yasaklanmasını uygun görmeyen Avrupa Topluluğu Yönergesi doğrultusunda ve Sermaye Piyasası Kurulunun önerisi çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir. Tevdi süresi hamiline yazılı pay senetlerinde bir güne indirilmiş, nama yazılı pay senetlerinde ise kaldırılmıştır. Yapılan değişiklik Komisyonumuzca da kabul edilmiştir*”.

⁶⁰ TEKİNALP, Sermaye Piyasası, s. 23.

⁶¹ Bu fıkra ile getirilen, genel kurula katılmanın pay sahibi olduğunu kanıtlayan belgeleri veya pay senetlerini depo etme şartına bağlanamayacağı hükmünün olumlu bir değişiklik olduğu yönünde bkz. AYTAÇ, s. 111.

⁶² YTK ile getirilen genel kurula katılma ve oy kullanma hakkının payları depo etme şartına bağlanamayacağı kuralı, kaydileştirmeye tabi şirketlerde genel kurula katılmak için gerekli genel kurul blokajının kaldırılması gerektiği yönündeki görüşle de paralellik arz etmektedir. Yönetimsel hakların kullanılmasında yapılması gereken genel kurul blokajının kaldırılması gerektiği yönünde bkz. ÜNAL, s. 299 vd.

⁶³ Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 417. maddesinin ilk halinde “Merkezi Kayıt Kuruluşu”ndan hiç söz edilmemiştir. Merkezi Kayıt Kuruluşu'na ilişkin düzenlemeler Tasarı metnine Alt Komisyonca eklenmiştir. Alt Komisyonca, Tasarının 417 inci maddesi, kısa bir süre önce faaliyete geçen Merkezi Kayıt Kuruluşu dikkate alınarak ve Sermaye Piyasası Kurulunun önerisi çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik Adalet Komisyonu tarafından da kabul edilmiştir. Bkz. 03.05.2007 tarihli Adalet Komisyonu raporu.

Kuruluşundan sağlayacağı “pay sahipleri çizelgesi”ne göre düzenler”. Dolayısıyla bu hükümlere göre, kaydi anonim şirket pay sahipleri, herhangi bir şekli prosedürü yerine getirmeden, sadece kimliklerini göstererek yönetsel haklarını kullanabilmelidir⁶⁴. Ancak YTK’nın 417. maddesinin 5. fıkrası⁶⁵, kaydi sermaye piyasası aracı sahiplerinin genel kurula katılmasına ilişkin prosedür açısından Kaydileştirme Tebliği’ne gönderme yapmaktadır. YTK’da yer alan yukarıdaki söz konusu hükümler ile gönderme yapılan Kaydileştirme Tebliği’nin 18. maddesindeki yönetsel hakların kullanılmasına ilişkin hüküm birbiri ile çelişmektedir. Çünkü Kaydileştirme Tebliği’nin 18. maddesinde Ticaret Kanunu’ndaki hamiline yazılı pay sahiplerinin genel kurula katılmaları hakkındaki prosedüre atıf yapılmaktadır. Bu prosedürün düzenlendiği YTK’nın 415. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, hamiline yazılı pay sahiplerinin genel kurula katılabilmeleri için giriş kartı almaları gerekmektedir. Dolayısıyla mevcut durumda hamiline yazılı kaydi anonim şirket pay sahiplerinin genel kurula katılmak için giriş kartı almak zorunda oldukları şeklinde bir görünüm ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle kaydi anonim şirket payına ilişkin yönetsel hakların herhangi bir şekli prosedüre gerek kalmaksızın kullanılabilmesi için, Kaydileştirme Tebliği’ndeki söz konusu hüküm, YTK ile getirilen sisteme uygun olarak, YTK yürürlüğe girmeden önce, değiştirilmelidir.

Öte yandan hamiline yazılı kaydi pay sahiplerinin genel kurula katılmak için giriş kartı almak zorunda oldukları varsayımı altında, YTK’nın 415. maddesindeki “toplantı gününden en geç bir gün önce” ifadesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü hükümde yer alan “toplantı gününden en geç bir gün önce” şeklindeki süre bir günden önceki başvuruların da kabul edileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla toplantıdan uzunca bir süre önce alınan giriş kartları arada yapılacak devirler nedeniyle gerçek manada pay sahibi olanların genel kurul toplantısına katılmasını temin edemeyecektir. Bu nedenle asgari sürenin belirlenmesi yerine azami sürenin belirlenmesi daha isabetli olacaktır⁶⁶. Bu çerçevede giriş kartı alma şartının kaldırılması gerektiği düşüncesinde olmakla birlikte, giriş kartı alma mecburiyetinin korunması ihtimali karşısında giriş kartı almak için azami sürenin kaydi sisteme tabi şirketler aç-

⁶⁴ YAYLA, s. 107.

⁶⁵ YTK’nın 417. maddesinin 5. fıkrasına göre; “*Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylara ilişkin pay sahipleri çizelgesinin Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlanmasının usul ve esasları, gereğinde genel kurul toplantısının yapılacağı gün ile sınırlı olmak üzere payların devrinin yasaklanması ve ilgili diğer konular Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğ ile düzenlenir*”.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. MANAVGAT, Pay Blokajı, s. 235.

sından “genel kurul toplantısından önceki iki gün” şeklinde tespit edilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Çünkü payları borsada işlem gören şirketlerin paylarına ilişkin devir işlemi, devri takip eden ikinci gün (T+2) kaydi sistemdeki hesaplara yansımaktadır. Payların mülkiyeti de bu ikinci günde devralana geçmektedir⁶⁷. Dolayısıyla genel kuruldan iki gün önce giriş kartı alan ve o gün payını devreden kişi genel kurul günü devir henüz kaydi sistemdeki hesaplara yansımadığı için genel kurula katılma hakkını kullanma açısından fiilen ve hukuken pay sahibidir⁶⁸. Genel kuruldan önceki iki günden daha önceki bir günde alınan giriş kartı ise, genel kurula katılma açısından gerçek hak sahibini gösterecek nitelikte olmayacaktır. Örneğin, genel kuruldan üç gün önce giriş kartı alan ve giriş kartı aldıktan sonra aynı gün (T günü) paylarını borsada satan bir kişi, genel kurul günü (T+3 günü) kayıtlarda (T+2 günü devir kayıtlara yansıdığı için) pay sahibi olarak gözükmeyeceği halde elindeki giriş kartı sayesinde genel kurula katılabilecektir.

YTK'nın 431⁶⁹ inci maddesinde de sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve kaydi sistem ile bağlantı kurulabilecek bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre; “...*Bu bildirimde, Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylarla ilgili olarak bu Kanunun 417 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki tebliğ hükümleri de uygulanır. Aksi hâlde, o genel kurulda alınan kararlar, genel kurula yetkisiz katılmaya dair hükümler çerçevesinde iptal edilebilir*”. Bu hüküm, kaydi sisteme ilişkin yeni bir kural getirmemekte, sadece kaydi paylarla ilgili bir tebliğe atıf yapmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün kaydi sisteme ve sistemin işleyişine ilişkin bir yenilik getirmedeği ifade edilebilir. Kanaatimizce bu hükmün (hükümde yapılan atfın) getiriliş amacı, Ticaret Kanunu hükümlerinin, (Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinde yer alan) kaydi sistem kuralları ile uyumlu olmasıdır.

⁶⁷ TÖREMİŞ, s. 13; AYHAN, s. 56.

⁶⁸ Borsada devredilen kaydi anonim şirket paylarının mülkiyetinin işlemin gerçekleştiği gün (T günü) mü, yoksa devrin kayıtlara yansıdığı gün (T+2 günü) mü devralana geçtiği, şeklindeki tartışmanın netleştirilmesi söz konusu problemin çözümüne de katkı sağlayacaktır. Borsada devredilen kaydi anonim şirket payına ilişkin mülkiyetin ne zaman el değiştirdiğinin netleştirilmesi gerektiği yönünde bkz. ERGİNCAN / YAYLA, s. 156 – 157. Kanaatimizce yapılacak hukuki bir düzenleme ile Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarına kurucu etki tanınması, mülkiyetin geçiş tarihini netleştireceği gibi söz konusu problemin çözümünü de katkı sağlayacaktır. Çünkü bu durumda, devir Merkezi Kayıt Kuruluşu Kayıtlarına yansıdığı anda, mülkiyette devralana geçmiş sayılacaktır. Yapılacak hukuki bir düzenleme ile Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarına kurucu etki tanınması gerektiği yönünde bkz. ÜNAL, s. 282 vd.

⁶⁹ Bu madde, “genel kurula katılmada pay sahibinin temsiline ilişkin bildirim yükümlülüğü”nü düzenlemektedir.

YTK'nın 431. maddesinde kanun yapma tekniği açısından bir hata yapılmıştır. Çünkü YTK'nın 431. maddesinin 1. fıkrasında YTK'nın 417. maddesinin 2. fıkrasında yer aldığı ifade edilen bir tebliğin hükümlerine atıf yapılmıştır. Hâlbuki söz konusu tebliğ, YTK'nın 417. maddesinin 2. fıkrasında değil, 5. fıkrasında yer almaktadır⁷⁰. Söz konusu hatanın sebebi, YTK'ya Tasarı aşaması ile kanunlaşma aşaması arasında eklenen ilave fıkralardır. Çünkü Tasarı'nın, hem 2005 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan metninde⁷¹ hem de 2007'de Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği metninde⁷²

⁷⁰ YTK'nın 417. maddesinin metni şu şekildedir: “(1) Yönetim kurulu, Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca genel kurula katılabilecek kayden izlenen payların sahiplerine ilişkin listeyi, Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlayacağı “pay sahipleri çizelgesi”ne göre düzenler. (2) Yönetim kurulu, kayden izlenmeyen paylar ile ilgili olarak genel kurula katılabilecekler listesini düzenlerken, senede bağlanmamış bulunan veya nama yazılı olan paylar ile ilmihaber sahipleri için pay defteri kayıtlarını, hamiline yazılı pay senedi sahipleri bakımından da giriş kartı alanları dikkate alır. (3) Bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre düzenlenecek genel kurula katılabilecekler listesi, yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanır ve toplantıdan önce genel kurulun yapılacağı yerde bulundurulur. Listede özellikle, pay sahiplerinin ad ve soyadları veya unvanları, adresleri, sahip oldukları pay miktarı, payların itibari değerleri, grupları, şirketin esas sermayesi ile ödenmiş olan tutar veya çıkarılmış sermaye toplantıya aslen ve temsil yoluya katılacakların imza yerleri gösterilir. (4) Genel kurula katılanların imzaladığı liste “hazır bulunanlar listesi” adını alır. (5) Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylara ilişkin pay sahipleri çizelgesinin Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlanmasının usul ve esasları, gereğinde genel kurul toplantısının yapılacağı gün ile sınırlı olmak üzere payların devrinin yasaklanması ve ilgili diğer konular Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğ ile düzenlenir”.

⁷¹ Tasarının 2005 yılında yayınlanan metnine göre 417. madde şu şekildedir: “(1) Yönetim kurulu, pay defteri kayıtlarına ve giriş kartı alanlara göre, genel kurul toplantısına katılabileceklerin listesini hazırlar. Yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanacak liste, toplantıdan önce genel kurulun yapılacağı yerde bulundurulur. Listede pahasahiplerinin ad ve soyadları, unvanları, yerleşim yerleri, pay veya pay senedi sayısı, imtiyazlı payların adedi ve sermaye miktarıyla toplantıya aslen veya temsil yoluyla katılacakların imza yerleri belirtilir. (2) Yönetim kurulu bu listeyi hazırlarken, toplantıya katılmaya hakkı olanları tespit için gerekli incelemeleri yapar ve ilgililerden bilgi alır. Listede adı bulunmayan kişi toplantıya katılamaz. Katılanların imzaladıkları liste “hazır bulunanlar listesi” adını alır ve toplantı başkanı ve komiser tarafından imzalanır”.

⁷² Tasarının 2007 yılında yayınlanan metnine göre 417. madde şu şekildedir: “(1) Yönetim kurulu, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylar bakımından “pahasahipleri listesi”ne diğer paylardan nama yazılı olanlar için pay defteri kayıtlarına ve hamiline yazılı pay senedi ile ilmihaber sahipleri yönünden ise giriş kartı alanlara göre, genel kurul toplantısına katılabileceklerin listesini hazırlar. Yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanacak olan liste, toplantıdan önce genel kurulun yapılacağı yerde bulundurulur. Listede, pahasahiplerinin adları, yerleşim yerleri, sahip oldukları pay veya pay senedi sayısı, imtiyazlı payların adedi ve sermaye miktarlarıyla toplantıya aslen veya temsil yoluyla katılacakların imza yerleri belirtilir. (2) Yönetim kurulu bu listeyi hazırlarken, toplantıya katılmaya hakkı olanları belirlemek için gerekli incelemeleri yapar, ilgililerden bilgi alır ve şirket tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlanan ve

417. madde toplam iki fıkradan oluşmaktadır. 417. maddenin 2005 tarihli metninde söz konusu tebliğe hiç yer verilmemiştir. 417. maddenin 2007 tarihli metninde ise, 2. fıkradaki "...Merkezî Kayıt Kuruluşundan anılan listenin sağlanmasına ve bu Kurulca toplantı gününe özgülenmek üzere devir yasağı konulması dâhil diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğle düzenlenir" ifadeleri ile söz konusu tebliğe yer verilmiştir. Kanaatimizce söz konusu hata, 431. maddede yer alan hükmün değiştirilmesi ile ortadan kaldırılmalıdır. Yapılacak değişiklik ile 431. maddede (tebliğ hükümlerine ilişkin) atıf, 417. maddenin 5. fıkrasına ya da doğrudan ilgili Sermaye Piyasası Kurulu tebliğine yapılmalıdır.

SONUÇ

6102 sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen hükümler açısından bazı terminoloji problemleri söz konusudur. Bu terminoloji problemleri, YTK'da kullanılan kavramların birbiri ile ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki kavramlarla uyumlu hale getirilmesi şeklinde ortadan kaldırılmalıdır. Bu çerçevede Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketler için YTK'da "halka açık şirket" kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Ayrıca bu şirketlere ilişkin hükümler, (Ticaret Kanunu'ndan ziyade) esas itibarıyla Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer almalıdır.

İnceleme konumuza ilişkin YTK ile getirilen hükümlerin büyük bir çoğunluğu, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve kaydi sistem açısından tam anlamıyla yenilik sayılabilecek nitelikte değildir⁷³. Bu hükümler, ancak Ticaret Kanunu açısından yenilik sayılabilecek niteliktedir. Çünkü sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve kaydi sistem Sermaye Piyasası Kanunu ile düzenlenmiş olup, Ticaret Kanunu açısından yenilik sayılabilecek söz konusu hükümlerde yer alan kuralların büyük bir çoğunluğu, hâlihazırda Sermaye Piyasası Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve tebliğlerde yer almaktadır. YTK ile getirilen söz konusu hükümlerin büyük

genel kurul toplantı gününden bir gün önceki tarihi taşıyan "paysahipleri listesi"ni de dikate alır. Merkezî Kayıt Kuruluşundan anılan listenin sağlanmasına ve bu Kurulca toplantı gününe özgülenmek üzere devir yasağı konulması dâhil diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğle düzenlenir. Yönetim kurulu, hazır bulunanlar listesinin genel kurul toplantı gününden bir gün önce hazırlanabilmesi için gerekli önlemleri alır. Katılanların imzalı oldukları liste "hazır bulunanlar listesi" diye adlandırılır ve toplantı başkanı ile Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır".

⁷³ Aynı yönde bkz. MANAVGAT, Tasarı, s. 525.

bir çoğunluğu, Sermaye Piyasası Kanunu ile Ticaret Kanunu arasında var olan bazı uyumsuzlukları ortadan kaldırmak amacı ile getirilmiştir⁷⁴.

Öte yandan, YTK’da, Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanun’a dayanılarak çıkarılan konumuza ilişkin yönetmelik ve tebliğlerdeki hükümlere göre farklı düzenleme ve ifadelere yer verilmiş olması, çeşitli problemlerin ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu nedenle sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve kaydi sisteme ilişkin hükümlere mümkün olduğunca Ticaret Kanunu’nda yer verilmemeli, konuya ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine veya ilgili yönetmelik ve tebliğlere gönderme yapılması tercih edilmelidir. Zorunlu olduğu durumlarda ise, YTK’da yer verilen hükümler ile konuya ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu, ilgili yönetmelik ve tebliğ hükümleri birbiriyle uyumlu olmalıdır.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans – Bildiriler – Tartışmalar, 13 – 14 Mayıs 2005, s. 41 vd.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2004.
- AYHAN, Hatice Ebru: Borsada Hisse Senedi Alım Satım Sözleşmesi ve Hakkın İntikali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2008.
- AYTAÇ, Zühtü: Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16 – 17 Aralık 2008, s. 61 vd.
- CAN, Mustafa : Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarında Oluşan Güç Boşluğu ve Giderilmesi Yollarından Vekâleten Oy Kullanma (Proxy) Sistemi, 1999
- ÇEKER, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000.

⁷⁴ YTK ile getirilen hükümlerin bir kısmının amacının, Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu arasındaki hüküm farklılıklarını ortadan kaldırmak olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, Sermaye Piyasası, s. 21.

- DAĞ, Üner: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996.
- ERGİNCAN, Yakup / YAYLA, Ümit: Hisse Senetlerinin Kaydileştirilmesi Sonrası Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkının Kullanılması, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2004, s. 143 – 160.
- GARNER, Bryan A.: Black's Law Dictionary, Pocket Edition, US 2006.
- GUYNN, Randall D.: Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws, UK 1996.
- İMKB : Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, İstanbul 2008.
- LOADER, David: Clearing, Settlement and Custody, UK 2008.
- MANAVGAT, Çağlar: Payları Borsada İşlem Gören Anonim Ortaklıklarda Ortağın Pay Blokaj Yükümlülüğü, Batider, 2006, C. 23, Sa. 4, s. 221 – 236. (Pay Blokajı)
- MANAVGAT, Çağlar: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. 2, Sa. 1, s. 523 vd. (Tasarı).
- MANAVGAT, Çağlar: Sermaye Piyasası Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları, AÜHFD, Yıl 2001, C. 50, Sa. 2, s. 159 vd. (Kaydi Sistem).
- MOROĞLU, Erdoğan: Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları, Makaleler II, İstanbul 2006, s. 217 vd. (Makaleler II).
- MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 2. Baskı, İstanbul 2005. (Tasarı (2005)).
- MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler, 6. Baskı, İstanbul 2009. (Tasarı (2009)).
- NARBAY, Şafak: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans – Bildiriler – Tartışmalar, 13 – 14 Mayıs 2005, s. 187 vd.
- NORMAN, Peter: Plumbers and Visionaries Securities Settlement and Europe's Financial Market, England 2007.

- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003.
- SIFMA: Securities Industry Immobilization & Dematerialization Implementation Guide, 2008.
- SODERQUIST, Larry D. / GABALDON, Theresa A: Securities Law, US 2007.
- SPK: Sermaye Piyasası Araçları, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları – 2, Ankara 2010.
- TEKİNALP, Ünal: Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 537 vd. (Nama Yazılı Kaydi Paylar).
- TEKİNALP, Ünal: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına ve Sermaye Piyasası Kanununa İlişkin Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16 – 17 Aralık 2008, s. 21 vd. (Sermaye Piyasası).
- TÖREMİŞ, Hatice Ebru: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Nama Yazılı Payların Borsada Devri, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2008.
- TURANBOY, Asuman: 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, AÜHFD, 1999, C. 48, S. 1–4. s. 39 vd.
- ÜNAL, Mücahit: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2011.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 5, S. 1 – 2, s. 1 vd. (Kaydileştirilmesi)
- YAYLA, Ümit: Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Kaydi Sistem, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Bankacılık Dergisi, S. 71, Y. 2009, s. 104 vd.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

DEMOKRASİ VE BÜROKRASİ ARASINDAKİ GERİLİM TEMELİNDE TÜRK HUKUKUNDAKİ BAZI DÜZENLEMELERE GENEL BİR BAKIŞ

Özlem ÇELİK*
Gamze AKSAN**

ÖZET

Kelime anlamı itibariyle eski Yunanca halk (demos) ve yönetmek (kratein) kelimelerinin birleşiminden oluşan demokrasi, “halkın yönetimi” anlamına gelmektedir. Her ne kadar demokrasinin mantığı doğrudan demokrasiden yana olsa da, günümüz toplumlarında bu durum bir idealden öte anlam taşımamaktadır. Bu sebeple demokrasiyi aslında, eşitlik ilkesi temelinde yapılan seçimlerle, siyasi iktidarların belirlendiği yönetim biçimi olarak tanımlamak mümkündür. Günümüzün ideal demokrasi anlayışı, özgürlükçü ve çoğulcu bir demokrasidir. Bürokrasi ise, uzmanlaşma, hiyerarşi ve resmi kurallara dayanan karmaşık bir örgütü ifade eder. Demokrasi talepleri ile bürokrasi kurumu arasındaki karmaşık ilişki, modern devletlerin en önemli ve kalıcı sorunlarından birisidir. Bürokrasi ve demokrasi arasında, hem gerilim içeren hem de birbirini tamamlayan bir ilişki vardır. Demokratik bir sistemin başarısı, etkili ve sistimli bir bürokrasinin varlığına bağlıdır. Bu çalışmada, demokrasi ideali ile bürokrasi zorunluluğu arasındaki temel çatışmalar, Türk Hukuku’ndaki mevcut düzenlemeler bağlamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi, Bürokrasi, Siyaset, Askeri Bürokrasi, Sivil Toplum

AN OVERVIEW OF SOME PROVISIONS OF THE TURKISH LAW SYSTEM ON THE BASE OF THE TENSION BETWEEN DEMOCRACY AND BUREAUCRACY

ABSTRACT

The term democracy in Greek is literally “rule by the people” which was coined from “people” (demos) and “power” (kratos). Even though direct democracy is an ideal form of democracy, the complexity of modern societies makes direct democracy practically impossible as a form of government. Therefore, the term democracy has become narrowed to mean a system of government where citizens have

* Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, osenturk@selcuk.edu.tr.

** Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, Sosyoloji Bölümü, Genel Sosyoloji ve Metodoloji Anabilim Dalı, gaksan@selcuk.edu.tr.

equal legal rights to vote in free elections. Today's ideal democracy concept is liberal and pluralistic democracy. Bureaucracy is a complex organizational system based on the three principles of specialization, hierarchy, and formal rules. The difficult relationship between the institution of bureaucracy and the ideal of democracy has been a broad and persistent theme across the modern government. The relationship between bureaucracy and democracy is both paradoxical and complementary. The linkage between bureaucracy and democracy is paradoxical primarily because an effective democracy may require an effective and well-functioning bureaucracy. In this paper, analyses inevitable tensions between democratic ideals and bureaucratic requirements in a Turkish Law context.

Key Words: *Democracy, Bureaucracy, Politics, Military Bureaucracy, Civil Society*

GİRİŞ

Bir yönetim tarzı veya felsefesi olarak oldukça eski bir geçmişe sahip olan demokrasi, kelime anlamı itibariyle halkın yönetimi anlamına gelmektedir. Her ne kadar demokrasinin mantığı doğrudan demokrasiden yana olsa da, günümüz toplumlarında bu durum bir idealden öte anlam taşımamaktadır. Bu sebeple demokrasiyi aslında, eşitlik ilkesi temelinde yapılan seçimlerle, siyasi iktidarların belirlendiği yönetim biçimi, olarak tanımlamak mümkündür. Ancak günümüz demokrasilerinde, bu tanımın yanı sıra demokrasinin başka kurumlarından da bahsedilmektedir. Bürokrasi ise, kamu yönetimi faaliyetlerinde hakim olan örgütü ifade eder.

Demokrasi ve bürokrasi arasında, eşitlik ve eşit haklar çerçevesinde anlamlı ve olumlu bir ilişkinin varlığından söz etmek mümkündür. Modern devlet yönetimlerinde bürokrasinin kişisel olmayan evrensel ölçütlere sahip olması, demokrasi teorisinin temel ilkelerinden biri olan yasalar önünde eşitlik ilkesi ile uyum göstermektedir. Ayrıca, demokratik olsun veya olmasın herhangi bir siyasi sistemin başarısı, uzmanlardan oluşan, örgütlü ve etkin bir bürokrasinin varlığına bağlıdır. Bu zorunluluğa rağmen uygulamada, bürokrasi ve demokrasi arasındaki ilişkinin, uyumdan ziyade çatışmaya eğilimli olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin elit bir yönetsel yapı oluşturan bürokrasinin, otoritesinin artması durumunda, demokrasinin bazı ilkeleri zarar görecektir. Demokrasi ve bürokrasi arasındaki bahsedilen farklılık ve çatışma-

lara, başka örnekler eklemek de mümkündür.

Siyaset-demokrasi ile bürokrasi arasındaki bu gerilimlere rağmen, bürokrasinin siyaset yapım sürecindeki önemli ve tamamlayıcı rolünü inkar etmek de mümkün değildir. Örneğin Türkiye’de, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü kanun tasarılarının hazırlanması sürecinde önemli bir görev üstlenmektedir.

Bu çalışmada, bürokrasi ve demokrasi kavramları tanımlandıktan sonra, demokrasi talepleri ile bürokrasi arasındaki temel çatışmalar incelenecektir. Bu bağlamda Türk Hukuku’ndaki mevcut düzenlemeler, verilen bazı örnekler üzerinden değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. BÜROKRASI KAVRAMI

Bürokrasi kelimesi, Latince “Burra” ve Yunanca “Kratos” sözcüklerinden türemiştir. Masaları örtmede kullanılan koyu renkli kumaşı ifade etmek için kullanılan “Burra” kelimesi, zamanla memurların çalıştığı ofis, devlet daireesi anlamında kullanılmaya başlanmıştır. “Kratos” ise egemenlik, yönetim anlamına gelmektedir. Bürokrasiyi, kelime anlamı itibariyle, “masaların ya da büroların egemenliği” olarak ifade etmek mümkündür¹. Bürokrasi kavramı, farklı akademik disiplinlerde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Örneğin, yönetim bilimi açısından atanmış memurların yönetimi anlamına gelen bürokrasi, sosyoloji alanında bütün toplumsal kurumlarda bulunabilen bir yönetim sistemi olarak anlaşılmaktadır². Bu sebeple tek bir bürokrasi tanımı yapmak oldukça güçtür. *Heywood*, farklı tanımları anlamayı kolaylaştırmak için bürokrasi teorilerini; “rasyonel-idari bir aygıt olarak bürokrasi, muhafazakar bir güç bloğu olarak bürokrasi ve aşırı masraflı yönetimin kaynağı olarak bürokrasi” olarak üç farklı şekilde ele almıştır³.

Bürokrasiye ilişkin tanımlara paralel bir biçimde bürokrasi kuramları da çeşitlilik göstermektedir. Bürokrasi literatürüne kuramsal olarak katkıda bulunan isimlerden öne çıkanlar *Hegel*, *Marx* ve *Weber* olarak sıralanabilir. Bu kuramlara katkıda bulunan bir diğer kuram ise elitist kuramdır. *Hegel*’in bürokrasi kuramı anlamını, kurumların özel çıkarları ile devletin genel çıkarları arasındaki mücadeleden almaktadır. Bu bağlamda bürokrasi toplumun özel

¹ Eryılmaz, Bilal, **Kamu Yönetimi**, İzmir, 1995, s. 204.

² Heywood, Andrew, **Siyaset**, (Çev. B. Berat Özipek, Bircan Şahin, Mete Yıldız, Zeynep Kozlu, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla), Ankara, 2006, s. 452.

³ Heywood, s. 452.

menfaatlerini, devlet tarafından temsil edilen genel menfaatlere dönüştürme aracı⁴olarak sivil toplum ile devlet arasında bir köprü görevi görmektedir⁵.

Hegel'in genel çıkarların savunucusu olarak tasavvur ettiği devlet, *Marx'a* göre sivil toplumun bir parçası olan hakim sınıfın çıkarlarını temsil etmektedir. Bu bağlamda bürokrasi çok spesifik ve özel bir oluşum olarak karşımıza çıkar. Bürokrasi temelde devletin kendisi gibi, hakim sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerindeki hakimiyetini sürdürmede kullandığı bir araçtır. Ayrıca bürokrasi her ne kadar halkın hayatını düzenlese de, halk üzerinde esrarengiz bir havaya bürünerek, zalim ve özerk bir güç haline dönüşür. Bu durum bürokratin konumunu da kutsallaştırmaktadır. Bu süreçte bürokrat hem kendisine hem de dışarıdakilere yabancılaşır⁶.

Weber, bürokrasinin tanımını ve toplumda gördüğü işlev konusunu kapsamlı ve sistematik bir biçimde ele alan düşünürlerin başında gelmektedir. *Weber*, toplumlarda görülen otorite tiplerine bağlı olarak bürokrasi türlerini üç soyut model şeklinde belirlemiştir. Bunlar, geleneksel, yasal-ussal ve karizmatik otorite ve bürokrasidir. *Weber'e* göre modern gelişmeye en uygun bürokrasi, rasyonel kurallar sistemine dayalı olan, ideal bir düzendir ve yasal-ussal bürokrasi, geleneksel ve karizmatik otorite ve bürokrasi türlerinden daha üstündür⁷. Rasyonellik, yetki ve görevlerin yasalarla belirlenmesi, hiyerarşi, yazılı belgelere dayanma, gayrişahsilik, kişisel takdir alanının az olması, atama ve yükselmenin profesyonel kriterlere dayanması, *Weber'e* göre bürokratik örgütlenmenin temel özelliklerindedir⁸. Buna göre ideal bürokrasi, kanunlarla tespit edilmiş objektif kuralları ayrımcılık yapmadan uygulayan,

⁴ Şahin, Ali, **Bürokrasi Kuramı ve Türk Bürokrasisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1998, s. 36.

⁵ Mouzelis, Nicos P., **Örgüt ve Bürokrasi: Modern Teorilerin Analizi**, Çev. H. Bahadır Akın, Konya, 2003, s. 10.

⁶ Mouzelis, s. 11-2.

⁷ Farazmand, Ali, "Bureaucracy and Democracy: A Theoretical Analysis", **Public Organization Review**, Volume 10, Number 3, September 2010, s. 246. *Weber'e* göre feodal toplumlardaki siyasal örgütlenmelerde de bürokrasi vardır ancak modern toplumun ortaya çıkışı ile birlikte bürokrasi şu faktörlerden etkilenmiştir: a) İş bölümü genişlemiş ve uzmanlık alanları belli olmuştur; b) iş bölümünün genişlemesi sonucu toplumsal ilişkiler gayrişahsilemiştir; c) belirli amaçları gerçekleştirmek için iş bölümüne dayanan rasyonel hiyerarşi ve örgüt biçimleri ortaya çıkmıştır; c) örgütler içinde düzenli maaş ve terfi sistemleri kurulmuştur. Şaylan, Gencay, **Türkiye'de Kapitalizm Bürokrasi ve Siyasal İdeoloji**, Ankara, 1974, s. 23.

⁸ Heywood, s.,453; Yılmaz, Aytekin, "Türkiye'de Yönetimde Yetersizlik ve Sorunlar", **Yeni Türkiye**, Sayı: 13- Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı I, s. 398; Gülmez, Mesut, "Weber ve İdeal Tip Bürokrasi Anlayışı", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 1, Mart 1975, s. 60-61.

resmi uzman grupların kademeli olarak teşkilatlanması sonucu ortaya çıkan sosyal bir kurumdur⁹.

Bürokrasi ile ilgili, elit kuramlar ise, genel olarak daha çok yöneticilerin yönetilenler üzerindeki egemenliklerinden bahsetmektedir. Aynı zamanda bu kuramlarda, siyasal sistem içerisinde yönetici elit grubun kamu politikalarını nasıl etkilediği ve yönlendirdiği üzerinde durulmaktadır¹⁰. Elitist kuramcılardan *Michels*, büyük örgütlerin sahip olduğu bürokratik yapılanmaların, örgüt içi demokrasiyi olanaksız hale getirme eğiliminde olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla demokrasi, kendi bünyesinde var olan ve genel olarak insan tabiatından, siyasi mücadelenin niteliğinden ve örgütlerin yapı ve niteliğinden kaynaklanan eğilimler nedeni ile zaman içinde oligarşiye dönüşmektedir¹¹. *Michels*'e göre, bürokrasi yeni bir elit zümre yaratmaktadır ve bu elitler uzmanlıklarını kullanarak seçilmiş liderleri kontrol edebilmektedir. Bu görüşlerinin tartışılmasıyla birlikte, bürokrasinin sınıfsal niteliği ve diğer sınıflarla karşılıklı ilişkisinin ne olduğu gibi sorunlar ortaya çıkmıştır¹².

II. DEMOKRASİ KAVRAMI

Demokrasi ve bürokrasi arasındaki ilişki hakkında bir değerlendirme yapmadan önce, demokrasinin anlam ve kurumlarının neler olduğunun incelenmesinde fayda vardır. Kelime anlamı itibariyle eski Yunanca demos (halk) ve kratesin (yönetmek) kelimelerinin birleşiminden oluşan demokrasi, halkın yönetimi anlamına gelmektedir¹³. Ancak yalnızca kelime anlamı ile düşünmek, demokrasinin tanımını yapma konusunda yetersiz kalmaktadır. Demokrasi konusunda yaygın bir şekilde kullanılan “halkın, halk eliyle, halk için hükümeti” tanımı da demokrasiyi anlamlandırmak için yeterli değildir. Zira halk için hükümet kavramı demokratik olmayan rejimler tarafından da kullanılan bir iddiadır¹⁴. *Dahl*, demokrasiyi ulaşılmaması hedeflenen ideal bir sistem olarak nitelendirmiş ve ideal sistem ile var olan sistemler arasında bir ayırım

⁹ Erbay, Yusuf, “Bürokrasi, Bürokratism ve Ülkemizde Bürokrat Siyasetçi İlişkileri”, **Yeni Türkiye**, Sayı: 13- Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı I, s. 405.

¹⁰ Çevik, Hasan H./Demirci, Süleyman, “Kamu Politikası: Aktörler ve Modeller”, **Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar**, Bekir Parlak (Editör), Ankara, 2008, s. 40.

¹¹ Eryılmaz, Bilal, **Bürokrasi ve Siyaset**, İstanbul, 2008, s. 38-42.

¹² Şaylan, s. 25.

¹³ Sartori, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan), Ankara, 1996, s. 8.

¹⁴ Sartori, s. 37.

yapmıştır. Yazar, demokratik sürecin en üst düzeyde gerçekleştirilebilirliğini sağlayacak siyasal düzen tipini belirtmek için “poliarşi” kavramını kullanmıştır¹⁵. Halkın yönetimi anlamında demokrasi, yönetim ile ilgili kararların doğrudan halk tarafından alınması ve uygulanmasıdır. Bu anlamıyla demokrasi günümüz açısından bir idealden öte anlam taşımamaktadır. Dolayısıyla demokrasi ideal bir sistem ile, var olan arasındaki bir çekişme ile şekillenir. Başka bir ifadeyle, gerçek demokrasi ile ideal demokrasi farklı kavramlardır.

Ampirik açıdan demokrasi teorisi ise, demokrasi idealine az çok yaklaşan gerçek demokrasiler açısından bir değerlendirme yapar. Bu yaklaşım, demokratik olarak kabul edilen mevcut rejimlerin ortak özelliklerinin belirlenmesi suretiyle demokrasiyi tanımlamaya çalışır¹⁶. Buna göre demokrasi; etkin siyasal makamların düzenli aralıklarla tekrarlanan serbest seçimlerle belirlendiği, seçimlere birden fazla siyasal partinin katıldığı, muhalefetin iktidar olma şansına sahip olduğu, ayrıca temel hakların tanınıp güvence altına alındığı bir rejimdir. Günümüzün istikrarlı demokrasilerinde bu temel kurumların yanı sıra, yerel demokrasi ve katılım, sivil toplum, açık toplum ve yönetim gibi ilkeler de yer almaktadır¹⁷.

III. DEMOKRASİ, BÜROKRASİ: GERİLİM VE UZLAŞMA

Demokrasi talepleri ile bürokrasi¹⁸ zorunluluğu arasında bir uzlaşma sağlama çabası, modern devletlerin en önemli ve kalıcı sorunlarından birisidir. Demokratik olsun veya olmasın herhangi bir siyasi sistemin başarısı, uzmanlardan oluşan, örgütlü ve etkin bir bürokrasinin varlığına bağlıdır. Ancak demokratik bir sistemde bürokratların görevi, seçilmiş kişi ve organların aldıkları kararları uygulamak, gerektiğinde onları teknik açıdan bilgilendirmekle sınırlıdır. Bürokratlar bu görevlerini yerine getirirken de, seçilmiş kişi ve organlara karşı sorumludurlar. Dolayısıyla bürokratlar, görevlerinin yerine getirilmesi sırasında yaptıkları işlemlerden dolayı, seçilmişler tarafından denetlenip, gerektiğinde görevden alınabilmelidirler¹⁹. Bu noktada oligarşinin demir yarasını hatırlamakta da fayda vardır. *Michels'e* göre bütün örgütlerin

¹⁵ Dahl, Robert A., **Demokrasi ve Eleştirileri**, (Çev. Levent Köker), Ankara, 1993, s. 282.

¹⁶ Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa, 2010, s. 260.

¹⁷ Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2009, s. 66.

¹⁸ Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde bürokrasi kavramı, bir bütün olarak kamu personelinin meydana getirdiği hiyerarşiyi ifade etmek için kullanılmıştır.

¹⁹ Erdoğan, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Ankara, 2004, s. 311.

oligarşik bir yapıya sahip olma yönünde doğal bir eğilimleri vardır. Demokrasiler bu oligarşik eğilimleri kontrol edemezler yalnızca gizleyebilirler²⁰.

Demokrasi ve bürokrasi arasındaki bağlantıyı, demokrasilerde etkin siyasal makamların seçimle belirlenmesi gerekliliği üzerinde kurmak mümkündür. Demokratik bir rejimde kamu siyasetinin belirlenmesine ilişkin temel belirleyici kararların, seçilmiş kişi ve organlar tarafından alınması gerekir²¹. Başka bir ifade ile demokrasinin temel gereklerinden biri, seçilmişlerin atanmışlardan üstün olmasıdır. Bürokrasinin aşırı güçlenmesi ve siyasi iktidarlar yerine geçerek karar almaya başlaması, bürokratik bir tahakküm rejimi oluşturur. Hatta bazı yazarlar, nihai karar alma yetkisinin tam olarak seçilmişlere ait olmadığı ülkeleri, yarı-demokrasi olarak nitelendirmekte ve Türkiye'yi de bu gruba dahil etmektedir²². Ayrıca demokrasilerde kamu siyasetine ilişkin temel belirleyici kararların alınması ve uygulanmasından kaynaklanan sorumluluk seçilmiş kişi ve organlara aittir. Yetki ve sorumluluğun paralel olması temel kuralı karşısında bürokratların kararlarının ikincil nitelikte olması bir zorunluluktur.

Devletin büyümesi ve sorumluluklarının artmasıyla birlikte, bürokrasi de büyümekte ve siyasi hayattaki önemi artmaktadır. Bürokrasinin büyümesi denetimini de zorlaştırmaktadır. Bu açıdan devletin küçültülmesi taleplerini, bürokrasi ile demokrasi arasında uzlaşma sağlamaya yönelik tedbirlerden birisi olarak nitelendirmek mümkündür²³. Sınırlı devlet kavramının iki anlamı vardır; birincisi, devletin işlev, örgüt ve personel bakımından küçültülmesidir. İkincisi ise, devlet iktidarının tek elde toplanmasına engellemek için iktidarın farklı organlara dağıtılmasıdır²⁴.

Sahip olduğu işlev gereğince bürokrasinin tarafsızlığının sağlanması da, demokrasinin bir gereği olan, devletin tarafsızlığı ilkesi ile yakından bağlantılıdır. Kamu gücünü kullananların, vatandaşlar arasında din, ırk, cinsiyet,

²⁰ Heywood, s. 328.

²¹ Atar (2009), s. 65.

²² Hague, Rod - Martin Harrop, **Comparative Government and Politics: An Introduction**, Hampshire&New York, 2001, s. 28, aktaran Atar (2009), s. 69.

²³ Ashında, devlet iktidarının birey özgürlükleri lehine sınırlandırılması amacına hizmet etmek üzere ortaya atılan, anayasa yapma düşüncesi de bu temel üzerine dayalıdır. Hatta anayasacılık hareketlerinin ancak bürokrasinin güçlenmesinden sonra başlayabileceği de ileri sürülmüştür. Yalçındağ, Selçuk, "Bürokratlar ve Siyasal Gelişme: Çelişmeli Bir Görüş", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 2, 1971, s. 65.

²⁴ Erdoğan, s. 11.

felsefi ve siyasi görüş gibi özellikler sebebiyle farklı muamele yapması, demokratik devlet ilkesi ile bağdaşmaz. Dolayısıyla, bürokrasinin aşırı güçlenerek demokratik kurumların üzerinde bir baskı unsuru oluşturması demokrasiyle bağdaşmadığı gibi, iktidarın veya siyasetin bürokrasiyi partizan amaçlarla kullanması da demokrasiye zarar verebilir. Ancak kamu politikalarının uygulanmasından kaynaklanan sorumluluk siyasi iktidarlara ait olduğuna göre, bu politikaları uygulayan bürokratların belli oranda yine siyasi iktidarlar tarafından belirlenmesi de demokrasi açısından gereklilik olarak ortaya çıkar. Çatışan bu menfaatler arasında bir denge kurabilmek için, etkili denetim mekanizmalarına ihtiyaç vardır. Türkiye’de bürokratların işlem ve eylemlerinden dolayı, siyasi iktidarların seçmen karşısında sorumlu olduğuna ilişkin güçlü bir anlayış yerleşmiş değildir. Bu durumun en önemli sebeplerinden biri sivil toplumun zayıf olması ve iktidarlar üzerinde etkin bir denetim oluşturamamasıdır. Türk anayasal ve siyasal sisteminde etkili olan “üstün devlet” ve “hikmeti hükümet” anlayışları²⁵ da devlet adına yetki kullananların sorgulanması ve sorumlu tutulmasına engel olmaktadır. Siyasi partilerin kendi programları doğrultusunda bazı kilit mevkilere bu program ve yöntemleri benimseyen kişileri atmasına izin verilmesine yönelik görüş, demokrasi ilkesi açısından cazip görünmektedir. Siyasi iktidarların bu tür görevlere ehliyetsiz kimseleri getirmeleri, seçmen karşısında sorumlu olmalarına ve dolayısıyla başarılarının azalmasına sebep olacaktır²⁶. Ancak Türkiye açısından, bürokratların işlem ve eylemlerinden dolayı, seçmen karşısında siyasi iktidarların sorumlu olduğuna ilişkin güçlü bir anlayışın yerleşmemiş olması, bu görüşü savunmayı güçleştirmektedir.

IV. DEMOKRASİ, BÜROKRASI İLİŞKİSİ AÇISINDAN TÜRK HUKUKU

A. Devlet Memurlarına İlişkin Bazı Düzenlemeler Açısından Konuya Bakış

Bürokrasi kurumu esasen toplumsal hayatın modernleşmesi ve demokratik kurumların gelişmesiyle birlikte bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bürokrasi siyasi iktidarın emri ve sorumluluğu altındadır. Ancak, siyasi iktidarlar tarafından alınan kararları uygulama görevini yerine getiren bürok-

²⁵ Atar, Yavuz, “Demokratikleşme Kriterleri Açısından Türkiye’nin Anayasal-Siyasal Sistemine Bakışlar”, **Demokrasi Platformu**, Yıl 1, Sayı 2, 2005, s. 38.

²⁶ Tutum, Cahit, “Yönetimin Siyasallaşması ve Partizanlık”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 4, 1976, s. 13.

rasinin, siyasi etkilerden tamamen uzak kalması mümkün değildir. Zira kamu gücünü kullananlar da çoğu zaman özel bireylerin sahip oldukları saiklerle hareket etmektedir ve onların tamamen kusursuz olmaları da mümkün değildir. Bu nedenle esasen tarafsız olması gereken bürokrasinin siyasallaşması ve partizanlık gibi bir sorun da gündeme gelebilmektedir. Demokratik kurumlar üzerinde bürokrasinin hakim olması ihtimalinin yanı sıra, siyasi iktidarlar veya siyasi partilerin etkisi ile bürokrasinin siyasallaşması gibi bir durumun da ortaya çıkması mümkündür.

Bürokrasinin siyasallaşması sorunu genellikle, siyasal atamalar ve kamu görevlilerinin siyasal faaliyetleri açısından ele alınmaktadır. Ancak memurlarının atanması ve yer değiştirmesine ilişkin düzenlemelerin yanı sıra özlük ve disiplin işleri gibi konulardaki yasal düzenlemeler de bürokratik kurumların tarafsızlığını sağlamada oldukça önemlidir. Memurların görevlerini, hukuka uygun bir şekilde ifa edebilmeleri için, bahsedilen hususlara ilişkin yasalar, objektif kriterlere dayanmalıdır. Memurların amirlerine çok geniş bir takdir hakkı tanıyan²⁷, memur hakkında yapılan idari işlemlere karşı yargıya başvurulmasını engelleyen²⁸ düzenlemeler, bürokraside keyfiliğe ve siyasallaşmaya zemin hazırlayacaktır. Memurların görevleri ile ilgili işledikleri suçlar sebebiyle yargılanmalarına ve memurlar hakkında yürütülecek disiplin soruşturmalarına ilişkin kurallar da, keyfiliğin önüne geçecek şekilde düzenlenmelidir.

Bazı ülkelerde ve Türkiye’de memurların görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yargılanması konusunda özel usuller benimsenmiştir. Bu durumun çok farklı gerekçeleri olmakla birlikte, temelinde kamu hizmetinin sağlıklı bir şe-

²⁷ Devlet Memurları Kanunu’nun (DMK) 125. maddesi, memurlara disiplin cezası vermeyi gerektiren fiil ve halleri saydıktan sonra, bu fiil ve hallere nitelik ve ağırlık itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verileceğini düzenlemiştir. Bu madde yer alan “nitelik ve ağırlık itibarıyla benzer” ifadesi, disiplin cezası verecek olan makamlara oldukça geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Memurların özlük işleri ile ilgili, bu ve bunun gibi düzenlemeler memurlar arasında farklı uygulamalar yapılmasına sebep olmakta ve bürokraside siyasallaşmaya da zemin hazırlamaktadır.

²⁸ Anayasa’nın 129. maddesinde yer alan “uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz” şeklindeki hüküm 2010 yılında yapılan değişiklikler ile yürürlükten kaldırılmış ve son fıkraya “disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz” hükmü eklenmiştir. Hak arama hürriyeti önünde önemli bir engel teşkil eden bu hükmün kaldırılmasıyla birlikte, amirlerin memurlar üzerindeki disiplin soruşturması sebebiyle sahip oldukları güç de bir ölçüde sınırlandırılmış olmaktadır. “5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, **Resmî Gazete**, Tarih: 13 Mayıs 2010, Sayı: 27580. Bu değişiklik doğrultusunda, DMK 135. maddesi yeniden düzenlenmiştir (13/2/2011 tarih ve 6111 Sayılı Kanun, **Resmî Gazete**, 25 Şubat 2011, Sayı: 27857, Mükerrer).

kilde yürütülebilmesi için bu şekilde özel düzenlemelerin yapılmasının kamu yararına olduğu düşüncesi bulunmaktadır. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, memurların görevleri ile ilgili işlediği iddia edilen suçlar hakkında oluşturulan idari güvenceler sisteminden (önsoruşturma yapma yetkisinin tümüyle idareye ait olması veya soruşturma için idareden izin alınması gibi) vazgeçildiği ve yargısal güvence sistemine geçildiği görülmektedir²⁹. Memurların yargılanması konusunda izin sisteminin benimsenmesi, devletin ve yönetimin korunması endişesini taşıyan otoriter rejimleri anımsatmaktadır. Yargılama yetkisinin bir bölümünün yürütmeye devredilesi anlamına gelen idari güvence sistemi; hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olduğu gibi, eşitlik ve yargı birliği ilkelerine de zarar vermektedir. Demokratik devletlerin birçoğunda, memurların yargılanması konusu tamamen bağımsız yargıya bırakılmıştır. Hatta Belçika’da ilk defa 1831 Anayasası ile idari güvence sisteminden vazgeçilmesinin yanı sıra, bir daha bu sistemin uygulanmamasını sağlamak için, geleceğin yasama organlarını bağlayıcı nitelikte anayasal hükümler oluşturulmuştur³⁰.

Türk Hukukunda ise 1982 Anayasası, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında açılacak ceza kovuşturması hakkında izin sistemini benimsemiştir³¹ (129/6). 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (MYHK) ise memurların görev sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlar hakkında izin sistemi öngörmüştür. MYHK’de öngörülen sistem, memurların görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar sebebiyle yargılanabilmeleri konusunda amirlerine geniş bir takdir hakkı verdiği için, bürokraside tarafsızlığı de arttırmaktadır. Örneğin, göreviyle ilgili bir suç işlediği iddia edilen bazı memurların, amirleri tarafından siyasi gerekçeler ile korunarak, yargılanmalarının önüne geçilmesi mümkündür.

Kamu görevlilerinin siyasal faaliyetleri ile ilgili olarak, Anayasa’nın 68. maddesinde hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları ve silahlı kuvvetler mensuplarının ve memurların siyasi partilere üye olmaları yasaklanmıştır. Silahlı kuvvetler mensupları, kolluk görevlileri, hakim ve savcılar dışındaki diğer kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmasını yasaklayan hüküm, demokrasi, siyasi katılma ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerek-

²⁹ Selçuk, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Ankara, 1998, s. 242-243.

³⁰ Selçuk, Sami, “Memurun Yargılanması Bütünüyle Adli Yargıya Verilmeli”, **Yeni Türkiye**, Yıl 3, Sayı 14, 1997, s. 876-877.

³¹ Ancak bu konuda Anayasa’da görev suçu veya şahsi suç ayrımı yapılmamıştır.

çesiyle eleştirilmektedir³². Yine Anayasanın 76. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, memurlar ve silahlı kuvvetler mensuplarının seçimlerde aday olabilmesi için görevlerinden çekilmeleri zorunludur. Bu hüküm bürokratların, görevleri sebebiyle sahip oldukları gücü, seçim sürecini etkileme amacıyla kullanmalarına engel olmak amacına yöneliktir. Üst düzey bürokratlar, silahlı kuvvetler ve diğer güvenlik kuruluşları mensupları ve yargı mensuplarının dışında kalan kamu görevlileri bakımından bu düzenleme eleştiriye açıktır. Bu gibi kişilerin görevleri nedeniyle sahip oldukları yetkiyi kötüye kullanarak seçim sürecinin yönünü değiştirme ihtimalleri oldukça zayıftır. Dolayısıyla alelade memurların seçimlere katılma haklarının bu şekilde sınırlandırılması ölçsüz ve eşitsiz sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Zira kamu görevlisi olmayanlar, işlerini bırakmadan aday olabilmekte ve maddi kayba uğramamaktadır. Ayrıca istifa ederek seçimlerde aday olan ancak seçilemeyen bir kamu görevlisi eski görevine dönme konusunda da önemli sıkıntılarla karşılaşmaktadır³³.

DMK 7. maddesi; devlet memurlarının herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunmalarını; görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapmalarını; siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunmalarını yasaklamaktadır. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da da memurlar hakkında seçim dönemleri ile ilgili yasaklar vardır. Örneğin memurların ilan dağıtması, siyasi bir partinin veya adayın emrinde veya herhangi bir siyasi faaliyette çalıştırmaları, seçim propagandası ile ilgili olarak yapacakları gezilere katılmaları yasaktır. Tüm bu yasaklara rağmen, memurların siyasi faaliyetleri ile ilgili durumun uygulamada farklılaştığı da bir gerçektir.

6111 Sayılı Kanun³⁴ ile 2011 yılında DMK'de yapılan değişiklik ile, devlet memurları hakkında, personelin hizmete yönelik verimliliğini, performansını, gelişimi değerlendirilmekte etkisiz kalan sicil sistemi kaldırılmıştır. Kriterlerin soyut olması sebebiyle, memurların performansından çok kişisel özelliklerini değerlendirmeye yönelik bu sistemin kaldırılması ile, sicil amir-

³² Atar (2005), s. 29.

³³ Atar (2009), s. 209.

³⁴ 13.02.2011 tarih ve 6111 Sayılı Kanun, **Resmi Gazete**, 25 Şubat 2011, Sayı: 27857, Mükerrer.

lerinin sicil notu vasıtasıyla memurlar üzerinde sahip oldukları güç kısmen de olsa yumuşatılmıştır.

B. Askeri Bürokrasi

Cumhuriyet'in kuruluşundan itibaren, Türkiye'de silahlı kuvvetlerin hükümetler üzerinde büyük etkisi olduğu görülmektedir³⁵. Bu durumun başka birçok sebep olmakla birlikte, özellikle askeri müdahalelerin büyük bir rolü olmuştur. 1961 Anayasası'yla başlayan, ordunun sistem içerisindeki özerk ve imtiyazlı konumunu güçlendirmeye yönelik kapsamlı hareketler, 1982 Anayasası ile devam etmiştir. Askeri darbe veya muhtıra dönemlerinde yeni anayasaların yapılmasına ek olarak temel kanunlar da büyük ölçüde değiştirilmiş ve siyasi sistem yeniden düzenlenmiştir³⁶. Her iki Anayasa'da ve bu dönemlerde değiştirilen kanunlarda, askeri müdahaleleri yapan ve bu Anayasaları oluşturan askerlerin, demokratik kurumlara karşı duyduğu güvensizliği yansıtan hükümlere rastlamak mümkündür.

Demokratik kurumlara duyulan bu güvensizliğin bir örneği olan ve 1982 Anayasası'nda yer alan, derneklerin, sendikaların, meslek kuruluşlarının, kooperatiflerin siyasi faaliyette bulunmasına ve siyasi partilerle ortak hareket etmelerine ilişkin yasaklar kaldırılmıştır. Ayrıca, Anayasa'da 1995 ve 2001 yılında siyasi partiler ile ilgili olarak bazı değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu değişikliklere rağmen, halen partilerin amaçları, örgütlenmeleri ve çalışmalarını bakımından, Anayasa'da önemli yasaklar bulunmaktadır. Bunun dışında, Siyasi Partiler Kanunu'nda da Anayasa'da bulunmayan bazı yasaklara yer verilmiştir. 1982 Anayasası'nın hazırlık aşamasından referanduma sunulmasına kadar geçen süre içinde, siyasi partiler ve siyasetçiler ile ilgili yasaklayıcı düzenlemeler yapılmış, tüm partiler kapatılmış ve bu gruplar anayasa yapım sürecine dahil edilmemiştir. Anayasanın kabulünden sonraki dönemde de darbeyi yapan subaylardan oluşan Milli Güvenlik Konseyi sistemin kontrolünü hemen bırakmamış, siyasi partiler ve seçimler konusunda oldukça kısıtlayıcı uygulamalar yapmıştır. Örneğin Konsey, hem parti kurucularını hem de milletvekili adaylarını değerlendirip onay verip vermeme yetkisini kullanmıştır. Birçok parti ve aday adeta veto sağanağına tabi tutulmuştur. Ayrıca Konsey bazı siyasi partiler hakkında kapatma kararı da almıştır³⁷.

³⁵ Hale, William, *Türkiye'de Ordu ve Siyaset: 1789'dan Günümüze*, (Çev. Ahmet Fethi), İstanbul, 1996, s. 270.

³⁶ Atar (2005), s. 39.

³⁷ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Nemci, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*,

Silahlı Kuvvetlerin sistem üzerindeki etkisinin yansımalarından biri olan ve 1961 Anayasası ile başlayan askeri-adli yargı ayrımı, 1982 Anayasası ile daha da güçlendirilerek muhafaza edilmiştir. Mevcut haliyle askeri yargı sistemi³⁸ demokrasi, hukukun üstünlüğü, yargı birliği, adil yargılanma hakkı ve doğal yargıç gibi ilkelere açıkça aykırılık teşkil etmektedir³⁹.

5982 sayılı Kanun ile 2010 yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerin bazıları, askeri bürokrasinin, demokratik sistem içindeki konumunu zayıflatmaya hizmet edebilecek niteliktedir. 5982 sayılı Kanun ile 145. maddeye eklenen devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davaların her halükarda adliye mahkemelerinde görüleceğine ilişkin hüküm ile, özellikle darbe girişimlerine ilişkin davaların sivil yargıda görülmesi sağlanmıştır.

Aksi yönde bir örnek ise, 148. maddede yapılan değişiklikler ile Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı’nın da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanmalarının sağlanmasıdır. Değişiklikten önce Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının yargılanması fiilen mümkün değildi. Zira ilgili Kanun gereğince “Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının en yakın amiri olmayan ama aynı zamanda üst’ü olan iki general ya da amiral” tarafından yargılanmaları gerekirken, bu şekilde bir mahkemenin oluşturulması teknik olarak mümkün değildir⁴⁰. Ancak Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı cumhurbaşkanını, başbakan, bakan-

İstanbul, 2009, s. 27-28.

³⁸ 1982 Anayasasına göre askeri yargı teşkilatı, askeri ceza yargısı ve askeri idari yargıdan oluşmaktadır. Askeri ceza yargısı açısından ilk derece mahkemeleri, Disiplin Mahkemeleri ve Askeri Mahkemeler; üst derece mahkeme ise Askeri Yargıtay’dır. Askeri idari yargı ise tek derecedir, yani ilk ve son derece mahkemesi olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) yetkilidir. Disiplin Mahkemeleri, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur ve yargılama hâkimler tarafından değil, subaylar tarafından yapılır. Askeri mahkemeler ise kural olarak, iki askeri hâkim üye ve bir subay üyeden oluşmaktadır. Ancak bu hakimlerin atanmaları ve özlük işleri ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, bağımsızlıklarından söz etmek pek de mümkün değildir. Atanmaları Milli Savunma Bakanlığı tarafından yapılmakta, hem hakim hem de subay oldukları için iki ayrı sicil değerlendirilmesine tabi tutulmaktadır. Bunlardan biri olan subay sicil belgesini, askeri hâkimin birinci, ikinci ve üçüncü sicil üstleri düzenlemektedir. AYİM ise, askeri hâkim olan üyelere ve Genelkurmay Başkanlığına gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilen hâkim sınıftan olmayan üyelere oluşmaktadır.

³⁹ Kardaş, Ümit, **Türkiye’nin Demokratikleşmesinde Öncelikler**, İstanbul, 2004, s. 33.

⁴⁰ Erdem, Fazıl Hüsnü/Coşkun, Vahap, “Askeri Yargı Ve Askeri Vesayet”, 2009, <http://www.setav.org/Ups/dosya/6750.pdf>, Erişim Tarihi, 17.01.2011, s. 21.

lar ve yüksek yargı organı mensupları gibi Yüce Divan'da yargılanması, eleştirilmektedir. Çünkü bahsedilen görevlilerin Yüce Divan'da yargılanmaları "Anayasa'nın demokratik siyasete ve hukuk devleti ilkesine verdiği önemden kaynaklanmaktadır". Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının Yüce Divan'da yargılanmalarını öngörmek, Anayasa'nın bu yaklaşımıyla bağdaşmamaktadır⁴¹.

Askeri bürokrasinin siyasi iktidarlar üzerindeki etkisini pekiştiren bir diğer kurum da Milli Güvenlik Kurulu'dur. Milli Güvenlik Kurulu (MGK), milli güvenliğin sağlanmasında TBMM'ye karşı sorumlu olan Bakanlar Kurulu'na yardımcı olması için anayasa ile düzenlenen bir organdır. Ancak özellikle ülkemizde yaşanan askeri müdahalelerin etkisiyle Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenlik konularında tek yetkili kurul gibi görünmeye başlamıştır. Özellikle siyasi krizlerin yaşandığı dönemlerde MGK'nın neredeyse hükümetin ve hatta parlamentonun üstünde bir organ olduğu izlenimi oluşmuştur. Gerek bu anlayışın etkisiyle gerekse yasal düzenlemelerde yer alan milli güvenlik tanımının oldukça geniş tutulması sebebiyle Kurul, milli güvenlik ile ilgili olmayan bir çok konuda da karar almıştır. Hatta Kurul kararlarına tavsiyenin ötesinde bir anlam yüklenilmiş ve bu kararlar uyulması zorunlu tedbirler olarak değerlendirilmiştir. Anayasal olmayan bu durum sonucu toplumda, Milli Güvenlik Kurulu'nun devletin tüm politikalarını belirleyen bir kurul olduğu yönünde yanlış bir kanaat oluşmuştur. Bu durumun oluşmasında yaşanan askeri müdahalelerin özellikle de 28 Şubat 1997 tarihinde toplanan MGK'dan çıkan bildirinin büyük bir payı vardır. Bu bildiriye hükümete ve parlamentoya hitaben hem "alınması uygun görülen tedbirler" ibaresine yer verilmiş, hem de gereğinin yapılmaması durumunda "yeni yaptırımların" gündeme geleceği belirtilmiştir⁴².

Milli Güvenlik Kurulu, yürütme sistemi içerisinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'na yardımcı, anayasal bir kuruluştur. Kararları da tavsiye niteliğindedir. Aksi bir durum demokrasinin temel prensiplerinden olan seçilmişlerin atanmışlardan üstün olması kuralı ile de bağdaşmaz. Ayrıca milli güvenliğin sağlanmasından sorumlu olan organ Bakanlar Kuruludur. Yetki ve sorumluluğun paralel olması temel kuralı karşısında da MGK kararlarının tavsiye niteliğinde olması bir zorunluluktur. MGK kararlarının bu niteliğini

⁴¹ Erdem/Coşkun, s. 21.

⁴² Çelik, Özlem, "Türk Anayasa Hukukunda Milli Güvenlik Kurulu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt V, Sayı: 1-2, 2010, s. 295.

vurgulamak ve silahlı kuvvetlerin sivil otorite üzerindeki bu fiili etkisini ortadan kaldırmak amacı ile 2001 yılında Anayasa bazı değişiklikler yapılmıştır. Ardından Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi MGK'nın sivil otorite üzerindeki etkisi yasal veya anayasal düzenlemelerin bir sonucu değildir. Dolayısıyla mevcut durumun demokratikleşebilmesi ve bu demokratikleşmenin sürdürülebilmesi daha çok siyasi iktidarların gücüne ve etkililiğine bağlıdır. Bu yönde atılacak adımlardan birisi de şüphesiz ki Genel Kurmay Başkanı'nın görev ve yetkilerinden dolayı Milli Savunma Bakanlığına karşı sorumlu tutulmasıdır.

C. Sivil Toplum Örgütlerine İlişkin Bazı Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Sivil toplum ve demokrasi karşılıklı olarak birbirine bağımlıdır. Yani sivil toplum ancak demokratik bir sistemde gelişip yerleşebilir. Bunun karşılığında demokrasinin kurumsallaşması için de, farklı görüşlerin özgür bir biçimde ifade edilebildiği etkili sivil toplum kuruluşlarının varlığı şarttır. Sivil toplum kavramı konusunda birbirinden farklı tanımlamalar yapılmıştır ancak yapılan tanımların bazı ortak noktaları da vardır. Buna göre sivil toplum, “aile ve devlet arasında, bireylerin ortak amaçlarını gerçekleştirmek için bir araya geldikleri farklı bir kamusal alanı oluşturmaktadır⁴³”.

Sivil toplum temelde, bireylerin veya grupların devletten izin almadan, gönüllülük esası çerçevesinde toplumsal ilişkiler kurabildiği ve faaliyetlerde bulunabildiği alanı ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu sebeple, devletin büyümesi ve genişlemesi ve güçlü bir bürokrasinin varlığı, sivil toplum alanının daralmasına sebep olur. Dernek, sendika, vakıf, mesleki birlikler gibi sivil toplum kuruluşları, halkın devlet ve hükümet politikalarını etkilemesine fırsat sağlayarak, devlet faaliyetleri üzerinde bir etkileme ve denetim mekanizması oluşturur. Ancak böyle bir görev ifa edebilmeleri için sivil toplum kuruluşlarının devletten bağımsız bir şekilde örgütlenebilmeleri, yönetimin baskı ve etkilerinden uzak kalabilmeleri zorunludur. Bir ülkede demokrasinin kurumsallaşması ve siyasi güç karşısında hak ve özgürlüklerin korunması için sivil toplumun güçlü ve etkin olması gerekir. Farklı yaşam tarzlarının ve dünya görüşlerinin barış içerisinde bir arada yaşayabilmesine izin veren

⁴³ Gençkaya, Ömer Faruk, “Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not”, *Yeni Türkiye*, Cilt 3, Sayı 18, 1997, s. 102-103.

bir sistem olarak demokrasilerin gelişmesi, bu tür çoğulcu grupların varlığını zorunlu kılar. Totaliter sistemlerde ise, siyasi katılımın arttırılması istenilir bir durum olmakla birlikte, bu katılım demokrasilerde olduğu gibi bireyler veya gruplar düzeyinde değildir. Siyasi katılım totaliter tek parti iktidarı tarafından kitlelerin seferber edilmesi suretiyle sağlanır. Totaliter sistemlerde siyasi katılımın yüksek olmasına karşılık, çoğulculuk oldukça düşüktür. Bu sistemlerde çoğulculuk, meşruluğunu merkezden alır ve büyük ölçüde onun kontrolü altındadır⁴⁴. Totaliter sistemlerde çoğulcu gruplar, devlet iktidarını sınırlandırabilme gücüne sahip değildir. Örneğin işçi sendikaları demokrasilerde olduğu gibi devlet teşkilatından bağımsız, onunla pazarlık edebilecek ve üyelerinin menfaatlerini koruyabilecek bir kurum değil, devletin belirlediği hedefler doğrultusunda çalışan devlet kuruluşlarıdır⁴⁵. Otoriter sistemlerde ise, totaliter sistemlere göre yüksek olmakla birlikte yine de sınırlı bir çoğulculuk söz konusudur. Devlet fiili veya hukuki vasıtalarla siyasal çoğulculuğu sınırlar. Genellikle rejimin siyasi muhaliflerine karşı bir sınırlama söz konusu olur ve bunun dışındaki çoğulcu gruplara bir serbestlik tanınır. Siyasi katılma devlet kontrolü altındadır, vatandaşlar siyasete karşı ilgisizdir ve bu ilgisizlik devlet tarafından teşvik edilir⁴⁶. Dolayısıyla, sivil toplum kuruluşlarının özgür bir şekilde gelişmediği, devletin baskı ve kontrolünde ve devlete bağımlı olduğu bir sistemin, demokratik olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu gibi özellikler daha çok totaliter ve otoriter sistemlere özgüdür.

Güçlü bir devlet geleneğine sahip olan Türkiye’de sivil toplum örgütleri yeterince gelişmemiştir. Bu durumun çok farklı sebepleri olmakla birlikte, toplumsal yapının temel özelliğini oluşturan “bürokratik yönetim geleneği” en önemli sebeplerden biridir⁴⁷. Türk hukuku açısından sivil toplum kuruluşları ile ilgili düzenlemelere baktığımızda, genel olarak bu kuruluşların Anayasa ve kanunlarla önemli sınırlamalara tabi tutulduğu görülmektedir. 1982 Anayasası’nın siyasi partiler karşısındaki şüpheli tutumu büyük ölçüde Sendikalar Kanunu, Vakıflar Kanunu, Dernekler Kanunu’na ve dolayısıyla sivil toplum örgütlerine de yansımıştır.

⁴⁴ Linz, Juan J., **Totaliter ve Otoriter Rejimler**, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara, 2008, s. 38.

⁴⁵ Hazır, Hayati, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, Konya, 1990, s. 170.

⁴⁶ Linz, s. 153.

⁴⁷ Heper, Metin, **Bürokratik Yönetim Geleneği: Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyetinde Gelişimi ve Niteliği**, Ankara, 1974, s. 90.

Sivil toplum kuruluşları ile ilgili 1982 Anayasası'nda yer alan dikkat çekici bir hüküm, Anayasa'nın mesleki kuruluşları "kamu kurumu" olarak nitelendirmiş ve "idare" başlığı altında düzenlemiş olmasıdır (m. 135). Kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarının, bu haliyle bir sivil toplum kuruluşu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Gerçek anlamda sivil toplum kuruluşlarının, devletten bağımsız olarak örgütlenmesi, üyelerin ise çoğunluk kararlarına katılmama ve üyelikten ayrılma gibi haklarının olması gerekir. Zorunlu üyelik ve yönetim tarafından alınan kararların tüm üyelere dayatılması gibi özellikler sebebiyle ülkemizdeki meslek kuruluşlarını, sivil toplumu devletleştirmeye aracılık eden örgütler olarak değerlendirmek mümkündür. Üstelik meslek kuruluşları, kamu kurumu olarak kabul edilmesi ile birlikte devletten bazı imtiyazlar elde etmekte ve bunun sonucunda da devlet politikalarını zorunlu olarak desteklemektedirler⁴⁸.

Halkı siyasetten uzaklaştırma amacı doğrultusunda, 1982 Anayasası ile hukukumuzda giren yasaklar, 1995 değişiklikleri⁴⁹ ile kısmen de olsa yumuşatılmıştır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi ve işveren sendikaları ile bunların üst kuruluşları, dernekler, vakıflar ve kooperatiflerin siyasi partilere bağış yapmasını, siyasi amaç gütmesini, siyasi faaliyette bulunmasını yasaklayan; Anayasa'da, Siyasi Partiler Kanunu'nda ve bu kuruluşların kendi kanunlarında bulunan yasaklayıcı düzenlemeler kaldırılmıştır⁵⁰. Yine 2004 yılında Dernekler Kanunu (5253 sayılı Kanun) ve 2008 yılında Vakıflar Kanunu (5737 sayılı Kanun) tümüyle değiştirilmiştir. 1983 tarihli Sendikalar Kanunu ise 2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile kısmen değiştirilmekle birlikte halen yürürlüktedir. Bu düzenlemeler örgütlenme özgürlüğü açısından belirli bir ilerleme sağlamakla birlikte hala aşırı düzenleyici tutumun devam ettiği de görülmektedir. Örneğin Dernekler Kanunu'nda yer alan özellikle denetim ile ilgili bazı düzenlemeler, derneklerin devletten bağımsız bir konumda görülmediğinin bir göstergesidir. Derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar dı-

⁴⁸ Atar (2005), s. 43-44.

⁴⁹ 23 Temmuz 1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun, **Resmi Gazete**, 26 Temmuz 1995, Sayı 22355.

⁵⁰ Anayasadaki bu yasakların kaldırılmasına, SPK'da derneklerin siyasi partilere bağışta bulunmasına izin verilmesine ve Dernekler Kanunu'nda bu konuda bir yasak olmamasına rağmen, derneklerin siyasi partilere maddi yardımda bulunması mümkün değildir. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin bir kararından kaynaklanmaktadır. 5253 sayılı Dernek Kanunu'nun 10. maddesinde derneklerin siyasi partilere maddi yardımda bulunabileceklerine ilişkin bir hüküm yer almıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu maddeyi, yabancı yardım alan derneklerin bu yardımları siyasi partilere aktarabileceği gerekçesi ile iptal etmiştir. E.2004/107, K.2007/44, Karar Tarihi, 05.04.2007, **Resmi Gazete**, 22 Kasım 2007, Sayı 26707.

şında faaliyette bulunmalarını yasaklayan hüküm de bu yaklaşımın bir örneğini oluşturmaktadır. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 4. maddesine göre “derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için dernekçe sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri ile faaliyet alanı” dernek tüzüğünde belirtilmelidir. Aynı Kanun'un 30. maddesi de derneklerin, “tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında” faaliyette bulunamayacaklarını düzenlemektedir. Bu düzenleme sebebiyle derneklerin faaliyet alanı kısıtlanmakta, tüzüklerinde gösterilmeyen sonradan ortaya çıkan bir amaç için faaliyette bulunmaları yasaklanarak ve dernekler tüzüklerini değiştirmek zorunda bırakılmaktadırlar. Kanaatimizce, dernek faaliyetlerinin, konusu suç teşkil etmemek şartı ile, dernek üyeleri ve yöneticileri tarafından serbestçe belirlenebilmesi ve bu konuda kamu makamlarının bir yetkisinin olmaması gerekir.

12 Eylül 1980 öncesi dönemde yaşanan birtakım sıkıntılardan sendikaların da sorumlu tutulması ile 1982 Anayasası, sendikalar alanında da geniş bir siyaset yasağı oluşturmuştur⁵¹. Yapılan değişikliklere rağmen Sendikalar Kanunu'nda siyasi faaliyet ile ilgili olarak bazı kısıtlamalar halen mevcuttur. Örneğin 37. maddeye göre; “sendika ve konfederasyonlar, amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. Siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamazlar”. “Siyasi partiler sendika ve konfederasyonlara mali yardım ve bağışta bulunamazlar. Sendika ve konfederasyonlar da bu gibi yardım ve bağışları kabul edemezler (Sen. K. m. 40). Kanuna göre, sendika ve konfederasyonlar üyelerinin çalışma ilişkileriyle ilgili ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla faaliyette bulunabilirler. Ancak sendikaların bu amaçlarını gerçekleştirebilmeleri için sadece toplu sözleşme, grev ve lokavt düzeni yeterli değildir. Sendikalar ancak “açıkça siyaset yapabilirse, siyasal ortama gerektiğinde bir taraf olarak katılabilirse” görevlerini yerine getirebilirler⁵². Dolayısıyla, sendikaların üyelerinin çalışma ilişkileriyle ilgili ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla bir siyasi partiyi destekleyip, yardımda bulunabilmesi gerekir.

Bir sivil toplum kuruluşu olarak sendikaların siyasi iktidarlar üzerindeki etkisini azaltan hükümlerden biri olan ve siyasî amaçlı grev ve lokavtı

⁵¹ Sur, Melda, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Ankara, 2006, s. 148.

⁵² Ünsal, Engin, “Sendikaların Siyasi Faaliyet Yasağı ve 2821 Sayılı Yasanın 37/III Maddesinin Değerlendirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 13, İstanbul, 2007, s. 99-100.

yasaklayan, Anayasa 54. maddesinin 7. fıkrası, 2010 değişiklikleri ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, siyasi amaçlı grevler vasıtasıyla işçilerin alınacak olan kararları etkileyebilmesine ilişkin anayasal bir yasak yoktur. 54. maddenin 1. fıkrasında yer alan “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler” hükmü ise bu sonucu değiştirmemektedir. Zira anayasa hukuku açısından bir şey açıkça yasaklanmamışsa onu yapmak serbesttir ve bu hüküm de yasaklayıcı bir hüküm değildir. Ancak 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev Ve Lokavt Kanunu’nun 25. maddesi siyasi amaçlı grevleri yasaklamaktadır. Aynı Kanun’un 73. maddesi de “yasama, yürütme ve yargı organları ile merkezi veya mahallî idarelerce bir karar alınmasını veya alınmış bir kararın değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlamak veya alınmış bir kararı protesto etmek amacıyla kanun dışı grev veya lokavt kararı verenler, teşvik edenler, zorlayanlar veya propagandasını yapanlar” hakkında hapis cezası öngörmektedir. Dolayısıyla Anayasa değişikliğinin uygulamaya yansıyabilmesi için Kanun değişikliği de şarttır.

D. Açık Yönetim ve Hukuk Devleti Çerçevesinde Bazı Düzenlemeler

Demokrasi için gerekli unsurlardan bir diğeri de yönetimde şeffaflığın sağlanmasıdır. Ancak bürokrasi, bilgileri tekelleri altına alma ve gizleme eğilimindedir. Yönetimde gizlilik, aleniyetin çoğu zaman devlet çıkarlarına zarar verdiği anlayışına dayanmaktadır. Açık yönetim, devlet faaliyetlerinin kamuoyu denetimine açık bir şekilde, aleni olarak yürütülmesidir. Bunu sağlamanın başlıca araçları ise, devlet faaliyetlerinin medya tarafından takip edilerek halka aktarılması bir diğeri de bireylere bilgi edinme hakkının tanınmasıdır. Demokratik bir devlette, vatandaşlar kamu yönetimi hakkında bilgi edinme hak ve özgürlüğüne sahip olmalıdır⁵³. Bu noktada demokratik bir toplumda basın özgürlüğüne verilen önemi de hatırlatmakta fayda vardır.

2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile yasa seviyesinde düzenlenen bilgi edinme hakkı, 2010 Anayasa değişiklikleri ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Hakkın anayasa ile düzenlenmesi, sınırlandırılması ve korunması konularında kanuna göre daha güvenceli bir sistem oluşturmaktadır. “Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.” (74/3) hükmü ile hak ve hürriyetlerin idare karşısında korunmasını sağlayan mekanizmalardan biri olan “kamu denetçiliği” kurumu da anayasal

⁵³ Atar, Yavuz, “Çağdaş Demokrasinin Siyasal Boyutu: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anti-Demokratikleşme Göstergeleri”, *Yeni Türkiye*, Cilt 3, Sayı 17, 1997, s. 89.

olarak düzenlenmiştir. Şüphesiz ki anayasa ve kanunlarda bilgi edinme, kamu denetçisine başvurma gibi hakların yalnızca tanınmış olması yeterli değildir. Bu hakların etkili bir şekilde kullanılabilmesi için, yeterli güvencelerinin de anayasa yer alması gerekir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu; devlet sırrına, ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, idarî ve adli soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler ile özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği esasını ihlâl edecek belgeler ile, ticarî sır niteliğindeki bilgi ve belgeleri bu kanunun kapsamı dışında tutmuştur. Ancak kanunda yer alan, devlet sırrı gibi bazı sınırlama sebepleri, muğlak kavramlardır ve açık yönetime engel olmada etkili bir araç olarak kullanılabilir. Kanunda yer alan bu tür kavramların kapsamının, açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Örneğin henüz kanunlaşmayan, Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'nın amaçlarından birisi de, kamunun bilgi edinme hakkı ve şeffaflık ilkesi gözetilerek, devlet sırrı teşkil edebilecek hususlara ilişkin koşulların belirtilmesi, devlet sırrına ve gizliliğe kimin karar vereceğine dair düzenlemeler getirilmesi ve idarecilerin takdirine bağlı gereksiz gizlilik kültürüne son verilmesidir (Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçesi).

Demokrasinin en önemli gereklerinden biri de sivil ve siyasi özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınması zorunluluğudur. Bu durum hem siyasi iktidar ve idare karşısında hem de seçimle oluşmuş yasama meclisleri karşısında bir korumayı zorunlu kılar. Özgürlüklerin korunması için siyasi iktidarın ve yasama iktidarının sınırlandırılması gerekir. Zira sınırsız bir güç ve yetkiye sahip olan iktidar, zamanla keyfi bir yönetime dönüşerek özgürlükleri tamamen ortadan kaldırabilir. Bu noktada demokrasi ve bürokrasi arasındaki diğer bir gerilim karşımıza çıkar. Demokrasi hak ve özgürlüklerin korunmasını ve bu amaçla bürokrasinin denetim altına alınmasını zorunlu kılar. Bürokrasinin ise niteliği gereği denetimi zordur üstelik denetim için oluşturulacak kurumlar yeni bürokrasilerin oluşturulması anlamına gelir.

Özgürlüklerin devlet organları karşısında korunması açısından uygulamada farklı sistemler geliştirilmiştir. Yasama organı karşısında sağlanacak etkili koruma mekanizması ise şüphesiz ki anayasa yargısı sistemidir. İnsan hakları ve özgürlüklerinin idare karşısında korunmasını sağlamak üzere ise, idarenin sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Bunu sağlayacak başlıca mekanizmalar, idarenin yargı denetimine tabi olması ve bağımsız idari kurumlar aracılığıyla sağlanan korumadır. Bağımsız idari kurumlardan en eski ve yaygın olanı ise ombudsman (kamu denetçisi) kurumudur. Bunun dışında ilgi alan-

ları sınırlandırılmış, uzman kurul veya komisyonlar da oluşturulmaktadır⁵⁴. Kamu denetçisi, kamu gücünü kullananlar tarafından haksızlığa uğradığını iddia edenlerin şikayetleri ile veya resen harekete geçen; araştırma yapma, uyarıda bulunma ve disiplin cezası konusunda öneri sunma gibi yetkileri olan ve bu konularda belli sürelerde rapor yayınlayan bağımsız bir bürokrat ve ona bağlı yardımcılardır⁵⁵. 2006 yılında çıkarılan 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun bütün olarak Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinin ardından⁵⁶, 2010 tarihinde yapılan değişiklikler ile kamu denetçiliği kurumu düzenlenmiştir.

Yargı organlarının durumu daha kapsamlı bir incelemeyi gerektirmekle birlikte, genel olarak Türkiye'de yargı bürokrasisinde siyasete ve demokratik kurumlara karşı bir güvensizlik hakim olduğu görülmektedir. Bu durumun en belirgin örneğine Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında rastlamak mümkündür. Esasında Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile ilk oluşturulduğu zaman, insan haklarının devlet karşısında korunması düşüncesi esas alınmamıştır. Aksine Türkiye'de Anayasa Mahkemesi "bürokrasinin kendi konumunu seçimle iktidara gelenlere karşı koruma endişesinin bir sonucu olarak" kurulmuştur⁵⁷. Anayasa Mahkemesi birçok kararında, temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizm sergilemiştir⁵⁸. Yargı kararlarındaki devletçi tutum, idari yargı ve ceza yargılaması⁵⁹ alanlarında da belirgindir⁶⁰.

Yargı organının denetiminin daha etkin olabilmesi için, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması şarttır. Ancak bağımsızlığı sağlamaya yönelik bazı düzenlemeler yapılsa bile tarafsızlığı sağlamak çok daha zor bir meseledir. Bürokrasi kurumu denetleyen yargının görevi, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Yargı bu görevinin ötesinde bir işlev görmeye başlarsa,

⁵⁴ Atar (2009), s. 138.

⁵⁵ Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 381.

⁵⁶ E. 2006/140, K. 2008/15, Karar Tarihi, 25.12.2008, **Resmi Gazete**, 4 Nisan 2009, Sayı 27190.

⁵⁷ Hakyemez, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, 2009, s. 54.

⁵⁸ Özbudun, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s. 264.

⁵⁹ Bu konuda bazı örnekler için bkz. Tanör, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Cilt 1, İstanbul, 1991, s. 338.

⁶⁰ Atar (2005), s. 47-48.

demokrasinin kurumları zarar görür. Bu durum, bürokrasiyi kontrol altına alması beklenen yargı organının, kendisinin köklü bir bürokratik tahakküm oluşturmasına sebep olur. Bu sebeple yargı bağımsızlığının sağlanması zorunludur ancak yargıçların politika belirleyici hale gelmesi de mutlaka önlenmelidir. Bu noktada, bürokrasinin uzantıları olarak görülen genel mahkemelere karşı duyulan güvensizliğin, özellikle totalitarizm sonrası demokrasilerde oldukça güçlü olduğu da unutulmamalıdır⁶¹.

Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrasında 2010 yılında yapılan değişiklikler ile yargı yetkisinin yerindelik denetimi şeklinde kullanılmayacağına ilişkin bir hüküm getirilmiştir. İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olarak yapılması zorunludur. Ancak bir eylem veya işlemin siyasi açıdan yerindelğine karar verecek olan organ siyasi iktidarlardır. Bu durum demokrasinin zorunlu bir sonucudur. Zira idarenin hukuka uygun olarak yaptığı işlem ve eylemlerden kaynaklanan siyasi sorumluluk Başbakan ve Bakanlar Kurulu'na aittir. Bu sebeple yargı organlarının yetkisi idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunu denetlemek ile sınırlıdır. Anayasaya bu hükmün eklenmesi esasen gereksizdir ancak uygulamada yargı organlarının yerindelik denetimine başvurması nedeniyle bu şekilde bir hüküm tesis edilmiştir. Anayasa'nın 153. maddesinde bulunan hüküm de benzer amaca yönelik bir düzenlemedir. Buna göre, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez". Çoğu zaman bir kanunu iptal etmek, yeni bir kanun hükmü oluşturmak ile aynı sonucu doğurur. Hatta bu sebeple Kelsen, yasama organı pozitif kanun koyucu olarak, anayasa mahkemesini ise negatif kanun koyucu olarak nitelendirmiştir. Bu sebeple da anayasa mahkemelerinin sadece önleyici denetim yapmasını ve üyelerinin seçilmiş kişilerce atanmasını savunmuştur⁶².

SONUÇ

Bürokrasi ile demokrasi ve siyaset arasında bir uzlaşma sağlamadaki başlangıç noktası, kontrol mekanizmalarının etkili bir şekilde işleminin sağlanmasıdır. Bu denetimi sağlayacak olan ise yargı organları, kamu denetçisi ve sivil toplum kuruluşlarıdır. Diğer denetim mekanizmaları ise zaman içinde

⁶¹ Özbudun, Ergun, "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü", *Anayasa Yargısı*, Cilt 24, 2007, s. 360-361.

⁶² Özbudun (2007-2), s. 360.

etkiligini kaybetmişlerdir. Örneğin, idarenin iç denetimi, hiyerarşik yapı ve dayanışma gibi sebeplerle etkili olmaktan uzaktır. Yargı organının ağır işleyişi ve diğer denetim mekanizmalarının etkisiz olması, idarenin denetimi konusunda daha az masraflı ve pratik olan kamu denetçiliği kurumunu ortaya çıkarmıştır. Ancak bu kurumun, başta yürütme olmak üzere, yasama organı ve siyasi partiler karşısında bağımsızlığının sağlanması gerekir. Kamu denetçisinin seçim usulü, görev süresi ve özlük hakları gibi konular, bağımsızlık konusunda etkilidir. Bağımsız bir kamu denetçiliği kurumu, bürokrasinin hukuka aykırı işlem ve eylemlerini denetim altına almada etkili bir yoldur.

Son olarak kamuoyu denetiminin de üzerinde durmakta fayda vardır. Radyo, televizyon, internet gibi iletişim vasıtaları, sivil toplum örgütleri ve baskı grupları idarenin denetimi konusunda oldukça etkili olabilir. Ülkemiz açısından bakıldığında sivil toplumun yeterince gelişmediğini görmekteyiz. Askeri müdahalelerin sonucunda oluşturulan anayasal ve yasal düzenlemelerin etkisi ve bu etkinin halen devam etmesi, sivil toplumun gelişmemesinde önemli bir rol oynamıştır. Sendikalar, dernekler ve meslek örgütlerinin idare üzerinde etkin bir denetim oluşturabilmeleri, ancak devletten bağımsız bir şekilde örgütlenip, devletle pazarlık yaparak üyelerinin menfaatlerini koruyabilen kurumlar haline gelmeleri ile mümkündür. Bürokrasi üzerinde denetim oluşturabilecek bir kurum olarak basın özgür olması da önemlidir. Ancak Anayasamız basının hür olduğunu ve sansür edilemeyeceğini düzenledikten sonra basın özgürlüğünü ciddi sınırlamalara tabi tutmaktadır⁶³. Basın özgürlüğünün ve sivil toplumun geliştirilmesi yönündeki çabalar, demokrasi ve bürokrasi arasında bir uzlaşma sağlamada oldukça etkili olacaktır.

Çağdaş demokrasilerin önemli özelliklerinden birisi de yerel yönetimlerin güçlenmesidir. Yerel yönetimlerin güçlenmesi hem bürokrasinin bazı sakıncalarını azaltarak kamu hizmetlerinde verimliliği artırır hem de demokrasiye hizmet eder. Ancak merkezi bürokrasinin, mali kaynakların kendi kontrolünden çıkmasına ve mahalli güçlerin kontrolü altına girmesine kolayca razı olmayacağı da açıktır⁶⁴. Türkiye’de ise bazı sınırlı gelişmelere rağmen halen merkezîyetçilik ağır basmaktadır. Bu durum da yerel demokrasinin gelişmesini engellemektedir. Bürokraside gizliliğin ve ört basın önlenmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması suretiyle daha şeffaf bir yönetim oluşturulması da demokrasi açısından önemli bir adım oluşturacaktır.

⁶³ Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, Ankara, 2002, s. 504-505.

⁶⁴ Yalçındağ, s. 72.

KAYNAKÇA^{65*}

- Atar, Yavuz, “Çağdaş Demokrasinin Siyasal Boyutu: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anti-Demokratikleşme Göstergeleri”, **Yeni Türkiye**, Cilt 3, Sayı 17, 1997, s. 73-94. (Atar 1997).
- Atar, Yavuz, “Demokratikleşme Kriterleri Açısından Türkiye’nin Anayasal-Siyasal Sistemine Bakışlar”, **Demokrasi Platformu**, Yıl 1, Sayı 2, 2005, s. 25- 50. (Atar 2005).
- Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2009. (Atar 2009).
- Çelik, Özlem, “Türk Anayasa Hukukunda Milli Güvenlik Kurulu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt V, Sayı: 1-2, 2010, s. 269-298.
- Çevik, Hasan H./Demirci, Süleyman, “Kamu Politikası: Aktörler ve Modeller”, **Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar**, Bekir Parlak (Editör), Ankara, 2008, s. 20-60.
- Dahl, Robert A., **Demokrasi ve Eleştirileri**, (Çev. Levent Köker), Ankara, 1993.
- Erbay, Yusuf, “Bürokrasi, Bürokratizm ve Ülkemizde Bürokrat Siyasetçi İlişkileri”, **Yeni Türkiye**, Sayı: 13- Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı I, s. 405-412.
- Erdem, Fazıl Hüsnü/Coşkun, Vahap, “Askeri Yargı Ve Askeri Vesayet”, 2009, <http://www.setav.org/Ups/dosya/6750.pdf>, Erişim Tarihi, 17.01.2011.
- Erdoğan, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Ankara, 2004.
- Eryılmaz, Bilal, **Kamu Yönetimi**, İzmir, 1995.
- Farazmand, Ali, “Bureaucracy and Democracy: A Theoretical Analysis”, **Public Organization Review**, Volume 10, Number 3, September 2010, s. 245-258.
- Gençkaya, Ömer Faruk, “Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not”, **Yeni Türkiye**, Cilt 3, Sayı 18, 1997, s. 102-105.
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa, 2010.

⁶⁵ Bir eserden birden çok yerde faydalanıldığında kısaltma kullanılmış olup, bu kısaltmalar eserin sonunda, parantez içinde gösterilmiştir.

- Gülmez, Mesut, “Weber ve İdeal Tip Bürokrasi Anlayışı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 1, Mart 1975, s. 47-73.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, 2009.
- Hale, William, **Türkiye’de Ordu ve Siyaset: 1789’dan Günümüze**, (Çev. Ahmet Fethi), İstanbul, 1996.
- Hazır, Hayati, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, Konya, 1990.
- Heper, Metin, **Bürokratik Yönetim Geleneği: Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyetinde Gelişimi ve Niteliği**, Ankara, 1974.
- Heywood, Andrew, **Siyaset**, (Çev. B. Berat Özipek, Bircan Şahin, Mete Yıldız, Zeynep Kopuzlu, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla), Ankara, 2006.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Ankara, 2002.
- Kardaş, Ümit, **Türkiye’nin Demokratikleşmesinde Öncelikler**, İstanbul, 2004.
- Linz, Juan J., **Totaliter ve Otoriter Rejimler**, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara, 2008.
- Mouzelis, Nicos P., **Örgüt ve Bürokrasi: Modern Teorilerin Analizi**, Çev. H. Bahadır Akın, Konya, 2003.
- Özbudun, Ergun, “Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 24, 2007, s. 359-364. (Özbudun 2007-2).
- Özbudun, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s. 257-268. (Özbudun 2007-1).
- Sartori, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan), Ankara, 1996.
- Selçuk, Sami, “Memurun Yargılanması Bütünüyle Adli Yargıya Verilmeli”, **Yeni Türkiye**, Yıl 3, Sayı 14, 1997, s. 874-884. (Selçuk 1997).
- Selçuk, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Ankara, 1998.

(Selçuk 1998).

Sur, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Ankara, 2006.

Şahin, Ali, **Bürokrasi Kuramı ve Türk Bürokrasisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1998.

Şaylan, Gencay, **Türkiye’de Kapitalizm Bürokrasi ve Siyasal İdeoloji**, Ankara, 1974.

Tanör, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Cilt 1, İstanbul, 1991.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2009.

Tutum, Cahit, “Yönetimin Siyasallaşması ve Partizanlık”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 4, 1976, s. 9-32.

Ünsal, Engin, “Sendikaların Siyasi Faaliyet Yasağı ve 2821 Sayılı Yasanın 37/III Maddesinin Değerlendirilmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı 13, İstanbul, 2007, s. 97-102.

Yalçındağ, Selçuk, “Bürokratlar ve Siyasal Gelişme: Çelişmeli Bir Görüş”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 2, 1971, s. 64-95.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2009.

Yılmaz, Aytekin, “Türkiye’de Yönetimde Yetersizlik ve Sorunlar”, **Yeni Türkiye**, Sayı: 13- Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı I, s. 394-404.

YARGI BAĞIMSIZLIĞINI GÜÇLENDİRİCİ BİR MEKANİZMA OLARAK YARGISAL HESAP VEREBİLİRLİK VE TÜRK YARGI SİSTEMİ

Serdar GÜLENER*

ÖZET

Hesap verebilirlik olgusu halk adına yetki ve kaynak kullanan kamu görevlilerinin, eylem ve işlemlerinin hesabını verebilmelerini ifade etmektedir. Bunu gerçekleştirmesi gereken organlardan biri de yargıdır. Ancak yargı, diğer devlet organlarından farklı biçimde bağımsız olarak işlevini yerine getirmek durumundadır. Bu da hiçbir kurum, kişi, organ ve makamın etkisi altında kalmamasını gerektirmektedir. Yargının sahip olduğu bu özel konum, onun hesap verebilirliğinin de farklı biçimlerde tezahür etmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede yargının hesap verebilirliğini sağlamayı hedefleyen çeşitli hesap verebilirlik türleri söz konusudur. Bu çalışmada yargısal hesap verebilirliğin bu türlerinden hareketle Türk yargı sistemi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hesap verebilirlik, yargı bağımsızlığı, yargısal hesap verebilirlik, yargının hesap verebilirliği, yargının denetimi.

JUDICIAL ACCOUNTABILITY AS A STRENGTHENING MECHANISM OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND TURKISH JUDICIAL SYSTEM

ABSTRACT

The concept of accountability expresses that public servants who use resources and authority in the name of public should give an account for their actions and operations. One of the units which should put accountability into practice is judiciary. However, judiciary is to function independently and differently from other units of the state. This kind of situation necessitates that judiciary must not be under effect of any other institution, person, unit and position. The special condition of judiciary also necessitates that accountability of judiciary is to appear distinctly. In this framework, there are types of accountability that aims at accountability of judiciary. In this work, Turkish Judiciary System will be analyzed with the help of accountability types.

Key Words: Accountability, judicial independence, judicial accountability, accountability of judiciary, control on judiciary.

* Yrd. Doç. Dr., Sakarya Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, sgulener@sakarya.edu.tr.

GİRİŞ

Demokrasilerde temsilciler, halktan aldıkları yetki ve sorumlulukları halk adına kullanırken, bunun hesabını vermekle yükümlü kılınmaktadır. İlk bakışta bu durumun yalnızca yasa yapma (yasama) ve yasaları uygulama (yürütme) görevi ile sınırlı olduğu izlenimi doğmaktadır. Yani egemenlik kullanımının üçüncü boyutu olan yargı yetkisinin kullanımının bu kapsam dışında olduğu düşünülebilir. En nihayetinde yargı yetkisini kullanan organların “bağımsız” niteliği bu yaklaşımı güçlendirmektedir. Ancak günümüzde gerek yargının yasama ve yürütme karşısında sergilediği aktivist tutum gerekse demokratik bir kamu yönetimi sistemi kurulması yönünde gerçekleştirilen reformlar yargı kuvvetinin de hesap verebilir bir niteliğe kavuşturulması yönündeki talepleri gündeme taşımaktadır.

Bahsi geçen bu tartışmaların son dönemde şiddetini arttırdığı ülkelerin başında ise Türkiye gelmektedir. 2000’li yılların başından itibaren kamu yönetiminin şeffaflaşması ve hesap verebilir bir hale getirilmesinde önemli hukuksal düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin istisnai bir alanı yargı sistemi oluşturmaktadır.

Bu çalışma kamu yönetimi ile hukuk disiplininin kesiştiği bir alanda bugüne kadar üzerinde yeterince durulmamış olan bu istisnai alanı incelemeyi amaçlamaktadır. Bugün gerek yargı bağımsızlığı¹, gerekse kamu yönetiminde hesap verebilirlik² konusunda oldukça ciddi bir akademik birikimden söz

¹ Fendoğlu, Hasan Tahsin, **Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010; Demirkol, Ferman, **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Kitap, İstanbul 1991; Özkorkut, Nevin Ünal, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, No. 1, Ankara 2008, s. 225-242; Kırmaz, Birol, **Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

² Acar, Muhittin, “Bağımsız Düzenleyici Kurullar ve Türkiye Örneği”, TÜSİAD Yayınları, Yayın No: 2002-12/349, İstanbul 2002; Samsun, Nihal, “Hesap Verebilirlik ve İyi Yönetişim”, **İyi Yönetişimin Temel Unsurları**, T.C Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ayrıntı Basımevi, Ankara 2003, s. 18-33; Kesim, Erdoğan, “Bir Etik Davranış İlkesi Olarak Hesap Verebilirlik (Hesap Verme Sorumluluğu)”, **Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Sakarya Üniversitesi, Adapazarı 2005, s. 269-281; Aktan, Coşkun Can ve diğerleri, “Kamu Maliyesinde Hesap Verme Sorumluluğu ve Mali Saydamlık”, **Kamu Maliyesinde Çağdaş Yaklaşımlar**, Ed. Coşkun Can Aktan ve diğerleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006; Ateş, Hamza, “Yeni Kamu İşletmeciliği Bağlamında Hesap Verebilirlik”, **Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar**, Ed. Bekir Parlak, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 179-223; Balcı, Asım, “Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Anlayışı”, **Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar**, Ed. Asım Balcı ve diğerleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 115-133; Biricikoğlu, Hale ve Serdar Gülener,

edilebilir. Ancak bu iki olgunun kesiştiği önemli bir alan olan yargısal hesap verebilirliğe dair yapılan çalışmaların sayısı oldukça az gözükmektedir³. Dolayısıyla bu çalışmada öncelikle yargı bağımsızlığı tanımlanarak, hesap verebilirlik kavramı ile ilişkisi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Daha sonra hesap verebilirliğin türleri ele alınarak, Türk yargı sistemi içindeki hesap verebilirlik mekanizmaları incelenecektir.

I. Kamu Yönetiminde “Hesap Verebilirlik” Olgusu

Yirmi birinci yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren devletin niteliğinde meydana gelen gelişmeler devleti, sosyal ve ekonomik hayatın önemli aktörlerinden biri haline getirmiştir. Bu dönemde devlet, eğitimden sağlığa, konut yapımından, sosyal güvenliğe ve ulaşımına kadar birçok alanda faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu ise beraberinde devletin büyümesi ve görevlerinin farklılaşmasını sağlamıştır.⁴ Devletin nitelik ve nicelik olarak büyümesinin sonucu, kamu yönetiminin yerine getirdiği hizmet ve faaliyetlerin etkinliğinin, verimliliğinin ve ekonomikliğinin azalması olmuştur. Bu durum, devletin kamuoyu nezdinde güven kaybetmesinin de temel nedenlerinden biridir. Bu çerçevede, 1980’li yıllardan itibaren özellikle gelişmiş ülkelerin kamu yönetimi yapılarında yaşanan güven kaybının yeniden tesis edilmesi yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kamu sektörünün faaliyet sahasındaki genişleme, faaliyetlerindeki artış ve hizmet sunum yöntemindeki geleneksel usuller, bu güven kaybının ana nedenleri olarak görülmüştür.⁵

Kamu yönetimlerinin halk nezdinde yaşamakta olduğu güven krizinin bir yansıması olarak düşünülebilecek olan bu yeni arayışların temel hedeflerinden biri halkın; özelde kamu yönetimine, genelde ise devlete karşı güvenini yeniden inşa etmektir. Bunu sağlamak için ise kullandığı yetki ve kaynakların hesabını vermesi ve şeffaf bir biçimde hareket etmesi amaçlanmaktadır. Dola-

“Hesap Verebilirlik Anlayışındaki Değişim ve Türk Kamu Yönetimi”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı: 459, Haziran, Ankara 2008, s. 203-224; Kesik, Ahmet ve Gamze Kırıl, “Yeni Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik”, **Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Sorunları ve Geleceği**, 2. Baskı, Ed. Nihat Falay ve diğerleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 153-171.

³ İnceoğlu, Sibel, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 72, Ankara 2007, s. 55-74; İnceoğlu, Sibel **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2008.

⁴ Antonio Bar Cendon, “Accountability and Public Administration: Concepts, Dimensions, Developments”, 2004, s. 22-23, “[http://unpan1.un.org/...](http://unpan1.un.org/) (18.11.2006).

⁵ Hughes, Owen E. **Public Management and Administration An Introduction**, Third Edition, Palgrave Macmillan, New York 2003, s. 9.

yısıyla hesap verebilirlik bunu gerçekleştirmekte kullanılan önemli araçlardan biridir.

Hesap verebilirliğin dar ve geniş olmak üzere iki tanımı söz konusudur. Dar anlamıyla hesap verebilirlik, hukuksal düzenlemeleri, bürokratik prosedürleri ve hiyerarşik bir raporlama sistemini ifade ederken, geniş anlamda hesap verebilirlik ise “kamusal iyi” yi temel alarak, vatandaşların, kamu hizmetlerinden yararlananların ve diğer muhatapların beklentilerini ifade etmektedir.⁶ Hesap verebilirliği ikinci anlamıyla değerlendirmek, onun aynı zamanda bir metot (mekanizma) biçiminde ele alınmasını gerektirmektedir.⁷ Halkın bilgilendirilmesi ve devlet gücünün denetlenmesinin bir yöntemi olan hesap verebilirlik⁸, etkin, verimli ve ekonomik bir yönetimi gerçekleştirmede kullanılan bir metot olmaktadır. Bu metot, hareketlerinin, kusurlarının, politikalarının ve harcamalarının hesabını vermeye yanaşmayan bir demokratik yönetimi kâğıt üzerindeki bir prosedürden ibaret olmaktan çıkarmaktadır.⁹

Hesap verebilirlik aynı zamanda sosyal bir ilişkiyi de ifade etmektedir. Bu ilişkinin tarafları *hesap veren* (aktör) ile kendisine *hesap verildir* (forum). Hesap veren, resmi görevliler, kamu görevlileri gibi bireysel bir aktör olabileceği gibi, kamu kurumu, kamu kuruluşları gibi örgütsel bir aktör de olabilir. Forum ise amir, bakan veya gazeteci gibi özel bir kişi veya bir kamu idaresi, parlamento, mahkeme ve denetim kurulu gibi bir organizasyon da olabilir.¹⁰

Bir sosyal ilişki biçimi olarak hesap verebilirliğin yargı organındaki yansımalarını ortaya koyabilmek için öncelikle yargı bağımsızlığı ilkesinin sınırlarının net bir biçimde çizilmesi gerekmektedir.

II. Çeşitli Boyutlarıyla Yargı Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı çok farklı biçimlerde tanımlanabilir. Ancak bu tanımların hepsinde ortak olan unsur, bağımsızlığın kime (ya da neye) karşı

⁶ Callahan, Kate, **Elements of the Effective Governance: Measurement, Accountability and Participation**, CRC Press, 2007, s. 112.

⁷ Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde hesap verebilirlik geniş anlamıyla ele alınacaktır.

⁸ Mulgan, Richard, **Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracy**, Palgrave Macmillan, New York 2003, s. 1.

⁹ Bovens, Mark, “Public Accountability”, **Handbook of Public Administration**, Ed. B. Guy and Jon Pierre, Sage Publications, London 2003, s. 182.

¹⁰ Bovens, Mark, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework”, **European Law Journal**, Vol. 13, Issue 4, 2007, s. 450.

olacağı sorusuna cevap arıyor olmalarıdır. Bu soruya verilecek cevap ise yargı bağımsızlığının iki farklı düzlem içinde değerlendirilmesine yol açmaktadır. Bunlardan ilki negatif yargısal bağımsızlık olarak da ifade edilen¹¹ ve yargı bağımsızlığını, yasama ve yürütme organlarının ne yapmaması gerektiği üzerinden hareket ederek ele alan yaklaşımdır.¹²

Yargı bağımsızlığı negatif anlamıyla tanımlanırken kuvvetler ayrılığı ilkesi yol gösterici bir niteliğe sahiptir. Devlet iktidarının sınırlandırılmasında kullanılan temel araçlardan olan kuvvetler ayrılığına göre devlet, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ana kuvvet tarafından yönetilir. Yasama, yasaların yapılmasını, yürütme yasama organı tarafından yapılmış yasaların uygulanmasını, yargı ise yasaların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözülmesini sağlar. Bu üç organ arasında gerek organik gerek personel gerekse fonksiyonel anlamda bir ayrılığın varlığı söz konusudur. Her bir kuvvet birbirini denetlemek suretiyle, gücün tek bir kuvvetin elinde toplanmasını engeller.¹³

Ancak yargı kuvvetinin diğer iki kuvvet karşısındaki konumunun ne olması gerektiği yönünde literatürde önemli tartışmalar mevcuttur. Kimi düşünürler yargının üçüncü bir kuvvet olmadığını savunmakta ve devletin yalnızca “karar vermek” ve “kararları uygulamak” olmak üzere iki temel işlevi yerine getiren kuvvetten oluştuğunu ileri sürmektedir. Buna göre yargının yerine getirdiği işlev de aslında bir uyuşmazlık dolayısıyla kanunun uygulanmasından farklı değildir. Bu nedenle yargı fonksiyonunu yürütme kuvveti içinde değerlendirmek yanlış olmayacaktır.¹⁴ Buna karşılık yargıyı üçüncü bir kuvvet olarak gören diğer görüşün sahipleri ise yargının uyuşmazlıkları çözdüğünü, bunun yürütmenin kararları uygulamak görevi ile aynı olamayacağını dile getirmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin, yargıyı yasama ve yürütmenin dışında çekişmesiz bir ortamda hukukun

¹¹ Bkz. Karlan, Pamela S., “Two Concepts Of Judicial Independence”, **Judicial Independence and Accountability Symposium**, University of Southern California Law School, 20-21 November, 1998, s. 2 (<http://www.usc.edu/...> (Erişim Tarihi: 24.11.2010)).

¹² Zagel, James ve Adam Winkler, “The Independence of Judges”, **Mercer Law Review**, Vol. 46, 1995, s. 798.

¹³ Vile, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**, Second Edition, Liberty Fund, Indianapolis 1998, s. 18-19.

¹⁴ Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2010, s. 376; Demirkol, a.g.e., s. 12-15; Fendoğlu a.g.e., s. 97-98.

ne olduğunu söyleme yetkisine kavuştuğu söylenebilir.¹⁵ Yargının bu yetkiyi kullanmasının ön şartı ise bağımsız bir biçimde hareket edebilmesidir. Ancak kuvvetler ayrılığı ilkesinin teorik olarak yargı bağımsızlığına kaynaklık ediyor olması, belirli mekanizmalarla desteklenmediği takdirde pratik düzeyde bir anlam ifade etmemektedir. Kağıt üzerinde yasama ve yürütmeden ayrı bir kuvvet olduğu halde, onların denetiminde olan bir yargı organının bağımsız olduğu söylenemez.¹⁶ Onun, yasama ve yürütme karşısında güvence altına alacak mekanizmalarla donatılması gerekir.

Bunlara karşılık kuvvetler ayrılığı ile yargı bağımsızlığının birbirini tamamlayan kavramlar olmadığını savunan görüş, bunu iki temel nedene dayanarak açıklamaktadır.¹⁷ Birincisi İngiliz örneğinden görüleceği üzere yüksek mahkeme parlamentonun bir aktörü olarak görev yapmaktadır ve kurumsal bir ayrılık söz konusu olmamasına rağmen İngiliz yargıçlarının bağımsız hareket etmediklerini söylemek oldukça güçtür. İkinci olarak ise, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yargı bağımsızlığı yerine getirdikleri işlev itibarıyla birbirlerinden farklıdır. Kuvvetler ayrılığı siyasal iktidarı sınırlama görevi görürken, yargı bağımsızlığı ise gerek kişilerin kendi aralarındaki gerekse devlet ile kişiler arasındaki anlaşmazlıkları çözmek gibi bir işleve sahiptir.

Kime karşı bağımsızlık sorusunun ikinci boyutunu mahkemelerin *davacılara* karşı olan bağımsızlığı oluşturmaktadır. Buna göre, davacının adı ve kimliğinden mahkemenin etkilenmemesi esastır. Mahkeme önceden belirlenmiş kurallara göre kararını vermelidir.¹⁸

Mahkemelerin *kamuoyuna karşı da bağımsız* olması gerektiği düşüncesi kime karşı bağımsızlık sorusunun bir diğer boyutunu meydana getirmektedir. Burada kamuoyundan kastedilen şey, çoğunluğu ifade etmektedir. Bu görüşü savunanlara göre ilgili davaya ilişkin kamuoyundaki baskın görüş her ne olursa olsun yargıçlar, çoğunluğun görüşünden bağımsız biçimde önlerindeki davanın gerektirdiği karara ulaşmalıdır.¹⁹

¹⁵ Kutlu, Mustafa, **Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 157.

¹⁶ Demirkol, a.g.e., s. 16.

¹⁷ Kornhauser, Lewis A., "Is Judicial Independence Useful Concept?", **Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach**, Ed. Stephen B. Burbank, Barry Friedman, Sage Publication, California 2002, s. 47.

¹⁸ Cross, Frank, "Judicial Independence", **The Oxford Handbook of Law and Politics**, Ed. Whittington, Keith E., Daniel R. Kelemen and Gregory A. Calderia, Oxford University Press, 2008, s. 559-560.

¹⁹ Cross, a.g.e., s. 559-560.

Yargı bağımsızlığının dışarıdan gelen sınırlandırmalar ve potansiyel tehditler esas alınarak yapılan negatif tanımının yanı sıra, onun hayata geçirilebilmesi için gerekli olan bazı mekanizmaları eksen alan bir diğer tanım *pozitif yargısal bağımsızlık* şeklinde değerlendirilmektedir. Burada yargıçların yargılama faaliyetine içkin olan iyilik, doğruluk, adalet ve hukuk gibi bazı ilkeleri hayata geçirebilmesi ifade edilmektedir.²⁰

Gerek pozitif gerekse negatif yargı bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesi, teoriden pratiğe aktarılması, bazı araçların devreye sokulmasını gerektirmektedir. Bu araçların varlık gerekçesi, “yargı bağımsızlığını sağlamaya dönük çözümler”²¹ getirmek ve yargıçların görevlerini yerine getirirken güvenceli bir biçimde hareket edebilmelerini sağlamaktır. Bu noktada, hem uluslararası belgelerde²² hem ülke anayasalarında²³ *hâkimlik teminatı* adı altında çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. “Azledilmeme teminatı”, “emekliye sevk edilememe teminatı”, “aylık ve ödeneklerden yoksun kalmama teminatı”, “idari görevlere atanmama teminatı”, “coğrafi teminat” ve “savcılık sınıfına atanmama teminatı” hâkimlik teminatını oluşturan temel araçlardır.²⁴

Yargının negatif ve pozitif boyutta sahip olduğu bağımsızlık beraberinde yargının eylem ve işlemlerinden dolayı hesap verip vermemesi sorusunu gündeme taşımakta ve bağımsızlık ile hesap verebilirlik arasındaki zıtlık ilişkisinin sorgulanmasını zorunlu kılmaktadır.

²⁰ Karlan, a.g.e., s. 2.

²¹ Demirkol, a.g.e., s. 119.

²² İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi, 1990 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Kopenhag Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri, Avrupa Konseyi'nin Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 3 no'lu Görüşü ve Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm 1: Hâkimlerin Bağımsızlığı adlı rapor, bu teminatlara yer verilmiştir (Bu belgeler için bkz. İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Etik İlkeleri**, s. 9-138; Kırmaz, a.g.e., s. 52-66; www.venice.coe.int (Erişim Tarihi: 29.11.2010)).

²³ Bkz. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) **Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm 1: Hâkimlerin Bağımsızlığı** Adlı Rapor (www.venice.coe.int (Erişim Tarihi: 29.11.2010)).

²⁴ Gözler, Kemal **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 9. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2010, s. 408-409. Ayrıca bkz. Demirkol, a.g.e., s. 119-137; Fendoğlu, a.g.e., s. 241-254. Bu araçlar 1982 Anayasası'nın Hakimlik ve savcılık teminatı başlığını taşıyan 139. maddesinde de düzenlenmektedir.

III. Yargısal Hesap Verebilirlik Nedir?

Yargısal hesap verebilirlik kavramı ile yargı bağımsızlığı arasında yaşanmakta olan karşıtlık ilişkisi, yargısal hesap verebilirliğin gündeme gelmesini, ya da gündeme geldiğinde tepki çekmesine yol açan temel neden olarak değerlendirilmelidir. Ancak bir devlet erki olan yargı da diğer devlet organlarında olduğu gibi çeşitli kamu kaynaklarını kullanmakta ve kamusal sorumluluklar üstlenmektedir. Bu nedenle gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerden dolayı hesap verilebilir kılınması doğal karşılanmalıdır. Bu çerçevede yargının hesap verebilir kılınması yönündeki çabaların dayanağını oluşturan nedenler şu şekilde sayılabilir:²⁵

- Yargının kendi kendini denetlemesi mevcut durumun devam etmesine hizmet etmekte, bu ise yargının hesap verebilir bir noktaya getirilmesini zorlaştırmaktadır.

- Dışsal bir kontrolün olmayışı yargının kullandığı kaynaklardan dolayı hesap verebilirliğini zayıflatmakta, suiistimallerin önünü açmaktadır.

- Yargıçların hukuku yorumlamak ve uygulamak gibi yetkilere sahip olması ve bunun hukuksal çerçevesini, kamuoyundan ve devletin diğer organlarından bağımsız bir biçimde çizebilmeleri onları ayrıcalıklı bir konuma sokmakta ve hesap verebilir kılınmalarını zorlaştırmaktadır.

- Yargının standartlarını belirleyen kurumsal mekanizmalar uygun olmayan yargısal davranışlara neden olabilmektedir.

Yargısal hesap verebilirlik, ortaya çıkabilecek bu tür sorunların önüne geçerek, yargının performansını arttırmak noktasında önemli bir araç haline almaktadır. Bu çalışmada da ele alınacağı üzere, bugün yargının hesap verebilirliği, yargıya hâkim olan değerleri dikkate almak suretiyle, onun bağımsızlığını engellemeden, aksine onu daha da kaliteli hale getirmek için, idari performansının artırılmasında kullanılabilecek bir yöntemi ifade etmektedir.²⁶ Bu yönüyle yargısal hesap verebilirlik, yargıçları, tarafsız iç ve dış kontrol uygulamalarına tabi kılarak, yargının işlemlerinin hesap verebilir kılınması-

²⁵ Hammergren, Linn, "Judicial Independence and Judicial Accountability: The Shifting Balance in Reform Goals", in **Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality**, Office of Democracy and Governance, Washington 2002, s. 149-150.

²⁶ Contini, Francesco ve Richard Mohr, "Reconciling Independence and Accountability in Judicial Systems", **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 2, (December 2007), s. 28.

nı hedeflemektedir.²⁷ Yargıçların bağımsızlıklarını ortadan kaldırmak gibi bir amacı gütmekten ziyade tamamen yargının işlevsel kalitesi ile ilgilenmektedir.

Yargısal işlev, doğrudan bireysel özgürlükler üzerinde etkide bulunma kapasitesine sahiptir. Bu işlevin hatalı işlemesi aynı zamanda özgürlüklerin ciddi zararlar görmesine neden olacağı için yargı, görevini yerine getirirken titizlikle hareket etmeli, ortaya çıkan sonuçların hesabını verebilmelidir. Zaman zaman yargı bağımsızlığı zırhı ile perdelenmek istenen sorunların tespit edilmesi bu şekilde kolaylaşacak ve yargıya olan güven artarak, yargı bağımsızlığının kuvvetlenmesine katkı sağlanacaktır.

Aslında yargının hesap verebilir bir niteliği olduğu genel kabul gören bir yaklaşımdır. Buna göre, örneğin mahkemelerin aldıkları kararların gerekçeli olarak açıklanması, kararların üst derece mahkemeleri tarafından temyiz edilebilmesi, mahkemelerin açık yargılama usulünü benimsemiş olmaları, yine mahkeme kararlarının kamuoyu tarafından tartışılabilmesi bu görüşün temel dayanaklarını oluşturmaktadır. Bu görüşe karşı çıkanlar ise, yargısal hesap verebilirliğin hem gelişmiş hem de gelişmekte olan demokrasiler için gerekli bir unsur olduğunu belirtmektedir. Buna göre yargı bağımsızlığı bir amaç değil, aksine *yargıcın bağımsızlığını* sağlamak için kullanılan bir araçtır.²⁸ Dolayısıyla oluşturulacak olan hesap verebilirlik mekanizmasının da yargıcın tarafsızlığı ile hesap verebilirlik arasındaki dengeyi çok iyi bir biçimde kurması gerekmektedir.

Yargının bağımsızlığı ile yargısal hesap verebilirlik arasındaki ilişkinin ayırt edici özelliklerinden bir diğeri ise her ikisinin de gerçekleştirdiği işlevin zamanlamasına ilişkindir. Yargı bağımsızlığı, öncelikle yargısal faaliyete odaklanan bir davranışı ifade eder. Yargısal faaliyetin dışsal organlarca şekillendirilememesini ifade eden yargı bağımsızlığına karşılık yargısal hesap verebilirlik ise, yargının hem idari hem de işlevsel anlamda faaliyetlerine ve çıktılarına ilişkin dıştan gelen talep doğrultusunda açıklama yapabilmesini gerektirir.²⁹

²⁷ “Independence, Transparency and Accountability in the Judiciary of Ethiopia”, National Judicial Institute For the Canadian International Development Agency, (October 2008), s. 10 (<http://www.abbaymedia.com/pdf...> (29.11.2010)).

²⁸ Contini ve Mohr, a.g.e., s. 28.

²⁹ Hammergren, a.g.e., s. 150.

Günümüzde yargı düzenlerinin hesap verebilir kılınmasını besleyen birçok faktör bulunmakla beraber başlıcaları şunlardır³⁰:

- Yargının tarafsızlığının yargının rolünü sınırlandıran bir faktör olduğu miti artık iflas etmiştir. Oysa yargı tarafsızlığının teorik olarak bile mümkün olmadığı sistemlerde dahi yargı, hukukun ne olduğunun açıklanmasında ve uygulanmasında önemli bir role sahiptir.

- Yargı kararları ve bu kararların vatandaşların yaşantıları üzerindeki etkisi önemini gittikçe arttırmaktadır. Bununla birlikte, artan sayıdaki sosyal çatışmanın çözülmesi noktasında hükümetlerin rolünün azalmasına karşılık, yargının bunları çözeceğine olan inanç artmaktadır.

- Mahkemeler, anayasal demokrasinin ortaya çıkışıyla birlikte devlet organlarının kendi aralarındaki ve vatandaşlar ile olan anlaşmazlıklarında karar verici hale gelmiştir.

- Halkın devlet otoritesine karşı davranışlarında meydana gelen değişiklikten yargı organları da etkilenmektedir. Artık nasıl ki yasama ve yürütme organlarının keyfi kararlar vermesi söz konusu olamazsa, yargının da kararlarının bu şekilde olması kabul edilemez.

Yargı sistemi açısından hesap verebilirliğin bir mekanizma olarak tanımlanabilmesinin yolu, öncelikli olarak bu mekanizmanın taraflarının net bir biçimde ortaya konulmasını gerektirmektedir. Buna göre hesap *veren kim? kime hesap verilmeli? ve niçin hesap verilmeli?* sorularına verilecek olan cevaplar bu mekanizmanın açıklanabilmesini kolaylaştıracaktır. Bu noktada Bovens'ın kavramsallaştırmasından yola çıkıldığında, hesap veren; “aktör”, kendisine hesap verilen ise “forum” şeklinde nitelendirilebilir. Aktör ile forum arasındaki ilişki aynı zamanda hesap verebilirlik mekanizmasının da türünü belirlemektedir. Bu çerçevede temel unsurları aşağıdaki tabloda da gösterilen “hukuki ve yargısal hesap verebilirlik”, “idari hesap verebilirlik” ve “demokratik hesap verebilirlik” olmak üzere üç hesap verebilirlik türü üzerinde durulacaktır.

³⁰ Hammergren, a.g.e, s. 152.

Yargısal Hesap Verebilirlik Türleri

| Değişken | Hesap Verebilirlik Türleri | | |
|--|---|--|--|
| | Hukuki ve yargısal | İdari | Demokratik |
| <i>Hesap Veren (Aktör)</i> | Yargıç | Bir bütün olarak yargı örgütünün kendisi yada yargı sistemi | Yargıçlar ya da bir kurum olarak yargı |
| <i>Hesap Verilen (Forum)</i> | Disiplin komisyonları, diğer mahkemeler, amirler | Ofis yöneticileri, bakanlık, yargı konseyleri | Halk-yasama organı, sivil toplum |
| <i>Ne için?</i> | Bireysel performans | Bireysel ve kurumsal performans. | Bireysel ve kurumsal performans |
| <i>Değer ve ilke</i> | Hukuksallık | Kaynaklar ile sonuçlar arasındaki ilişki, çıktı, üretkenlik ve etkililik | Temsil ve katılım |
| <i>Yöntem</i> | Prosedür, disiplin, etik kodlar, medeni ve ceza hukuku açısından hukuksal analizler yapılır | Daha önceden konulmuş olan kriterlere göre ölçüm yapılır | Seçim ve baskı grupları |
| <i>Sonuçlar</i> | Maaş kesintisi, kıdem kaybı, meslekten men gibi sonuçları olabilir | Törensellik riski var Kaynaklar, mahkemelere görev tanımları ve ücretlere göre dağıtılır | Siyasileşme risk var. Bir kez seçilenin bir daha seçilmeme durumu ortaya çıkabilir. Kamuoyu baskısı oluşabilir |
| <i>Bağımsızlık ve tarafsızlık ile ilişkisi</i> | Aralarında bir gerilim doğma ihtimali zayıf | Yargıçlar bağımsızlıklarının azalmasından şikâyetçi olabilir | Aralarında gerilim ortaya çıkma ihtimali kuvvetli |

Kaynak: Contini ve Mohr, a.g.e., s. 43; Cendon, a.g.e., s. 33.

A. Yargının Hukuki ve Yargısal Hesap Verebilirliği

Kamu görevlileri görevlerinin gerektirdiği hukuk kurallarına uygun davranıp davranmadıklarının sorumluluğundan kaynaklı olarak hesap vermekle yükümlü kılınabilir.³¹ Bu sorumluluğu işletecek olan mahkemeler bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biri olan idarenin yani kamu yönetiminin hukuka bağlılığını denetleyen organlardır. Bu nedenle hukuksal hesap verebilirliğin iyi işletilebilmesi için detaylı hukuki standartların, kişisel, cezai ve idari kural ve örneklerle belirtilerek önceden bilinebilir olması gerekmektedir.³²

Hukuki ve yargısal hesap verebilirlik yargı organları açısından değerlendirildiğinde, bu organlarını kararlarının doğrudan kalitesinin kontrol edilmesini ifade etmektedir.³³ Yukarıdaki tablodan da görüleceği üzere bu hesap verebilirlik türünde hesap verebilirlik ilişkisinin aktörü yargıcın kendisidir. Kendisine hesap verilen forum ise bir disiplin komisyonu olabileceği gibi bir mahkeme veya amir olabilir. Yargıç, yargılama prosedürlerine ve etik standartlara ilişkin kurallara uyup uymadığı konusunda bir disiplin denetimine tabi kılınmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, adil bir yargılamada zaten mahkemelerin kamuya açık yapılması, kararların aleni olması, temyiz yollarının açık olması gibi bir takım asgari standartların sağlanmış olması gerekir.³⁴ Bu standartların varlığı yargının doğası gereği hesap verebilir biçimde işlemesini sağlamaktadır. Ancak bu yapıda Voermans'ın ifadesiyle yargı bağımsızlığını sağlamaktan ziyade yargısal otoriteye meşruiyet kazandırmak için katı bir yargısal hesap verebilirlik biçimi ortaya çıkmaktadır.³⁵ Ancak bu hesap verebilirlik türünde yargı bağımsızlığı ile yargısal hesap verebilirlik arasında

³¹ Bovens "Public Accountability", s. 187.

³² Bovens, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", s. 456.

³³ Contini ve Mohr, a.g.e., s. 31.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, Çev. Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan, İletişim Yayınları, İstanbul-2000.

³⁵ Voermans, yargısal hesap verebilirliği katı (hard) ve yumuşak (soft) olmak üzere iki biçimde ele almaktadır. *Katı hesap verebilirlik*, geleneksel anlamda kullanılan ve yargıçların dolaylı yoldan profesyonel faaliyetlerinden dolayı cevap verebilirliklerini konu edinmektedir. Örneğin, temyiz sistemi, mali kaynakların dağıtılması, eğitim, atama, yükselme, disiplin faaliyetleri vb. mekanizmalar bu hesap verebilirliğin önemli unsurlarıdır. İkinci hesap verebilirlik türü ise yumuşak hesap verebilirliktir. *Yumuşak hesap verebilirlik*, katı hesap verebilirlikten farklı olarak açıklık ve temsil gibi daha doğrudan yöntemlerden oluşan bir hesap verebilirlik türüdür (Bkz. Voermans, Wim, "Judicial Transparency Furthering Public Accountability for New Judiciaries", **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 1, (June 2007), s. 148-159.

bir gerilimin ortaya çıkması zayıf bir ihtimaldir. Hukuki ve yargısal hesap verebilirlikte yargıçlar değerlendirmeye tabi kılınmakta, bu değerlendirmenin sonucuna göre uyardan, meslekten çıkarmaya kadar giden ve özel hukuk ya da ceza hukuku kapsamında gerçekleşen bir disiplin süreciyle yüz yüze kalabilmektedir.

1. Disiplin Denetimi (Teftiş Sistemi)

Disiplin denetimi kullandığı yöntem itibariyle hukuki ve yargısal hesap verebilirlik kapsamında değerlendirilmekle birlikte, işleyiş biçimi dikkate alındığında astlık-üstlük ilişkisine dayalı gerçekleştiğinden (dikey) idari hesap verebilirlik kapsamında da ele almak mümkündür. Ancak denetimin sonucu dikkate alındığında hesap verebilirliği doğuran değer bir hiyerarşi ilişkisi değil, hukuksallıktır. Hesap verebilirlik ilişkisinin kaynağı yargısal davranışın ya da eylemin hukuka uygun olup olmamasıyla yakından ilgilidir. Dolayısıyla bu makalede disiplin denetimi hukuki ve yargısal hesap verebilirlik kapsamı içinde incelenmektedir.

1982 Anayasası'nın 159. maddesinin 9. fıkrasında "hâkimlerin ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idari nitelikteki genelgelere uygun) olarak yapıp yapmadıklarını denetleme..." şeklinde ifadesini bulan hukuki ve yargısal hesap verebilirliğin gerçekleştirilmesine ilişkin çeşitli mekanizmalar mevcuttur. Bunlar içinde en önemlisi kuşkusuz Hâkim ve Savcılar Kanunu'nda³⁶ yer alan disiplin hükümleri çerçevesinde gerçekleşendir.³⁷ Kanun'un amacını belirten 1. maddesinin (a) bendinde; Adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının niteliklerini, atanmalarını, hak ve ödevlerini, aylık ve ödeneklerini, meslekte ilerlemelerini, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesini, haklarında disiplin kovuşturması açılmasını ve disiplin cezası verilmesini, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri veya kişisel suçlarından dolayı soruşturma yapılmasını ve yargılamalarına karar verilmesini, meslekten çıkarılmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik hallerini, meslek içi eğitimlerini ve diğer özlük işlerini, (b) bendinde ise Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyelerinin aylık ve ödenekleri ile diğer mali, sosyal hak ve yardımlarını düzenlediğini belirtmektedir. Bu kapsama giren hakim ve savcılarının

³⁶ Kanun No. 2802, Kanun Tarihi: 24.02.1983, R.G. Tarihi 26.02.1983, R.G. No. 17971.

³⁷ Hakim ve savcılarının disiplin denetimlerini konu alan bir çalışma için bkz. İnceoğlu "Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği** Dergisi, s. 55-74.

hangileri olduğunu ise yine aynı kanunun 3. maddesinin (a) bendinde Adli yargıda: Mahkeme başkan ve üyelerini, hakimleri, Yargıtay tetkik hakimleri ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hakimleri, İdari yargıda: Mahkeme başkan ve üyelerini, hakimleri, Danıştay tetkik hakimleri ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hakimleri, (b) bendinde, savcılar, (Değişik alt bent: 12/02/1989 - KHK-360/1 md.; Değiştirilerek Kabul: 24/01/1990 - 3611/1 md.) Adli yargıda: İl ve ilçe Cumhuriyet başsavcılarını, Cumhuriyet başsavcı vekillerini, Cumhuriyet savcılarını, Yargıtay Cumhuriyet savcıları ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan savcıları, İdari yargıda: Danıştay savcıları ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan savcıları şeklinde ifade edilmektedir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, ilk derece mahkemelerinde görev yapan yargıç ve savcılarla üst derece mahkemelerinin üyelerinin hesap verebilirlik noktasındaki farklılıklarıdır. Nitekim Kanunun 2. maddesi bu kanunun, adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile idari yargı hâkim ve savcıları hakkında uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyeleri sadece aylık ve ödenekleri ile diğer mali, sosyal hak ve yardımları bakımından bu kanunun hükümlerine tabi kılınmışlardır.

Kanun'un altıncı kısmında düzenlenen disiplin cezaları, hukuki ve yargısal hesap verebilirliğin çerçevesini çizmektedir. Kanun'un 62. maddesine göre, hâkim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre sırasıyla uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması, derece ilerlemesinin durdurulması, yer değiştirme, meslekten çıkarma cezalarına çarptırılabilir.

Hâkim ve Savcılar Kanunu'nun 63. maddesi, görevde daha dikkatli olunması gerektiğinin yazılı olarak bildirilmesini esas alan "uyarma"³⁸ cezasını, 64. maddesi, "aylıktan kesme"³⁹ cezasını, 65. maddesi, belli bir eylem

³⁸ Uyarma cezası verilecek haller kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: Görevde kayıtsızlık ve düzensizlik, meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine karşı kırıcı davranmak, mazeretsiz olarak göreve geç gelmek ve görevden erken ayrılmak, kanun, tüzük, yönetmelik karar ve talimatlarda açık olarak belirtilen konularda, işi uzatacak şekilde davranışlarda bulunmak, yazı ve tekitleri zamanında cevaplandırmamak, nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak.

³⁹ Aylıktan kesme cezası verilecek haller kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: İzinsiz veya babul edilir mazereti olmaksızın göreve (1 veya 2 gün) gelmeyenlerin aylıklarından her gün için

veya davranışın kusurlu sayıldığıнын yazı ile bildirilmesini ifade eden “kına-
ma” cezasını⁴⁰, 66. maddede düzenlenen ilgilinin bulunduğu kademedede, iler-
lemesinin bir yıl süre ile durdurulmasını ifade eden “kademe ilerlemesinin
durdurulması” cezasını⁴¹, 67. madde, ilgilinin bir üst dereceye yükselmesinin
iki yıl süre ile durdurulması olan “derece yükselmesinin durdurulması” ceza-
sını⁴², 68. madde bulunan bölgenin en az bir derece altındaki bir bölgeye o
bölgedeki asgari hizmet süresi kadar kalmak üzere atanmak suretiyle görev
yerinin değiştirilmesini ifade eden, “yer değiştirme”⁴³ cezasını ve 69. madde
ise, bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesi olan “meslekten
çıkarma”⁴⁴ cezasını düzenlemektedir.

bir günlüğünün kesilmesidir.

⁴⁰ Kınama cezası verilecek haller kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: Hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, kılık ve kıyafetinde mesleğin gerektirdiği saygınlığı gözetmemek, devlete ait araç ve gereçleri özel işlerde kullanmak, meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak, eşlerinin, reşit olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini on beş gün içinde Adalet Bakanlığına bildirmemek, Adalet Bakanlığının mevzuat uyarınca verdiği talimatı yerine getirmemek, büro ve kalemlerin denetimini ihmal etmek, görevin işbirliği ve uyum içerisinde yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlarda bulunmak, izinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın kesintisiz üç gün göreve gelmemek, nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak,

⁴¹ Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilecek haller kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: Mazeretsiz olarak göreve geç gelmeyi veya erken ayrılmayı alışkanlık haline getirmek, ödeme gücünün üstünde borçlanmak suretiyle borçlarını ödeyemez duruma düşmek veya kesinleşmiş borcunu kasden ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak, belirlenen durum ve sürelerde mal beyanında bulunmamak, izinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın kesintisiz 4-9 gün göreve gelmemek, nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak.

⁴² Derece yükselmesinin durdurulması cezası verilecek haller kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: izinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın, bir takvim yılı içinde, toplam on beş gün göreve gelmemek, meslek mensuplarına yasaklanmış veya mesleğin gerekleriyle bağdaşmayan kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak.

⁴³ Yer değiştirme cezası verilecek haller kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: Kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmek, yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak, hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak, göreve dokunacak surette ve kendi kusurlarından dolayı meslektaşlarıyla geçimsiz ve dirliksiz olmak, madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikapta bulunduğu kanısını uyandırmak, doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediyeyi kabul veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak.

⁴⁴ Meslekten çıkarma cezası verilecek haller kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: 68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa, diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer

Hâkim ve Savcılar Kanunu kapsamında gerçekleşen hukuki ve yargısal hesap verebilirlik ilişkisinin diğer tarafını Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) oluşturmaktadır.⁴⁵ Aktör-forum ilişkisinde hukuksallık temelinde gerçekleşen bu ilişkide HSYK, Kanun'un kapsamı içindeki hâkim ve savcılarının disiplin denetimini gerçekleştirmektedir. Gerçekleşen bu denetimin sonuçları ise yukarıda bahsedilen cezai yaptırımlardan oluşmaktadır.

Yargı açısından hukuki ve yargısal hesap verebilirliğin bir başka boyutu yüksek yargı organlarının hesap verebilirliğidir. 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) ve Uyuşmazlık Mahkemesi yüksek mahkeme olarak sayılmaktadır. Bu mahkemelerin başkanları ve üyeleri disiplin hükümleri açısından Hâkim ve Savcılar Kanunu'na tabi değildir. Bu noktada 1982 Anayasası ve her birinin kendi kuruluş kanunu ve ya içtüzüğü, bu mahkemelerde uygulanan hesap verebilirlik ilişkisine ışık tutmaktadır.

değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak veya taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile 8. maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir. Ancak, verilen cezanın 8. maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan dolayı verilmemiş olması ve cezanın ertelenmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50. maddesindeki tedbirlerden birine çevrilmiş veya yüz seksen günden fazla adli para cezası olması halinde meslekten çıkarma cezası yerine, yer değiştirme cezası verilir.

Birinci fıkrada dışında kalan ceza mahkûmiyetlerinin ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50. maddesindeki ceza veya tedbirlere çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın suçun niteliğine göre 64, 65, 66, 67 veya 68. maddelerde sayılan disiplin cezalarından biri verilir.

Hükümlülüğü gerektiren suç, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülürse, Kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydıyla, cezanın miktarına ve ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, meslekten çıkarma cezası verilir.

Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.”

⁴⁵ Anayasa'nın 159. maddesinin 7. fıkrasına göre HSYK'nın hakim ve savcılar üzerinde bir disiplin (hukuki ve yargısal) denetimi gerçekleştirdiği gibi, performans denetimlerini de sağlayacağı belirtilirken, 8. fıkrada hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerince yaptırılacağı hükmüne bağlanmaktadır.

Yüksek yargının hukuki ve yargısal hesap verebilirliği konusundaki ana hükmü, yüksek yargı organları mensuplarının görevleriyle ilgili suçlardan yargılanabileceğini belirten Anayasanın 148. maddesinin 6. fıkrasında görmek mümkündür. Buna göre Anayasa Mahkemesi⁴⁶, Yargıtay⁴⁷, Danıştay⁴⁸,

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin başkan ve üyelerinin hukuki ve yargısal hesap verebilirliklerinin gerçekleştirilmesi konusunda ise, "Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu" ve "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü" hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Kuruluş Kanunu, Mahkeme başkanının ve üyelerinin disiplin süreçlerini görevleriyle ilgili suçlar ve şahsi suçlar olmak iki farklı biçimde değerlendirmektedir.

1982 Anayasası'nın 147/2. Maddesinde Anayasa Mahkemesi üyeliğinin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir durumda kendiliğinden sona ereceğini hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte yine Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148/6. maddesine göre, Mahkeme'nin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yapacağı yargılamanın kapsamına Anayasa Mahkemesi'nin başkan ve üyelerini de dâhil etmektedir. Benzer biçimde bu hüküm Mahkeme'nin kuruluş kanununun 18. Maddesinde de yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu'nun 55. maddesi başkan ve üyelerin şahsi ve görevleriyle ilgili suçlara ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla şahsi suçları için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesi'nin kararına bağlanmıştır. Bununla beraber aynı maddede başkan ve üyelerin işlemiş oldukları şahsi suçlarda Yargıtay üyelerinin şahsi suçlarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Bu soruşturmalara ve yargılamalara ilişkin usuller ise Mahkeme'nin içtüzüğünde düzenlenmektedir (Bkz. Dayandığı Kanun No. 2949, Kanun Tarihi: 10.11.1983). Ayrıca içtüzüğün 32. maddesi gereği Mahkeme başkan ve üyeleri Mahkemeye gelmesi muhtemel güncel konular hakkında sözlü veya yazılı olarak görüşlerini belirtmezler hükmünü içermektedir. İçtüzüğün 26. maddesi Mahkeme raporörlerinin tabi oldukları ceza kavuşturmasını düzenlemektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi raporörlerinin Mahkeme'nin başkan ve üyelerinden farklı olarak görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla şahsi suçlarından dolayı yapılacak olan ceza soruşturmaları, Mahkeme başkanının bildirmesi üzerine bağlı buldukları kurumlarca, tabi oldukları mevzuat hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilir (Bkz. Dayandığı Kanunun Tarihi: 10.11.1983, No. 2949, R. G Tarihi : 03.12.1986, R.G No. 19300).

⁴⁷ Yargıtay Kanunu'nun Yüksek Disiplin Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 19. maddesine göre, "Yargıtay üyeliği vakar ve onuruna dokunan, kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görev icaplarına uymayan davranışlarından dolayı Yargıtay Birinci Başkanı, Birinci Başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili hakkında disiplin kovuşturmasını gerektiren eylem ağırlığına göre "Uyarma" veya "Görevden çekilmeye davet" işlemlerinden birini uygular." Hükümden de anlaşılacağı üzere Yargıtay üyelerine disiplin cezası vermek, Yargıtay Yüksek Disiplin Kurulu'na verilmiştir. Ayrıca disiplin cezası olarak uyarma ve görevden çekilmeye davet olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Aynı kanununun 43. maddesi ise Yüksek Disiplin Kurulu'nun işleyişini hükme bağlamaktadır (Bkz. Kanun No. 2797, R.G. Tarih: 08.02.1982).

⁴⁸ Danıştay Kanunu'nun Yüksek Disiplin Kurulu'nun görevleri düzenleyen 53. madde de, Kanun hükümleri dairesinde Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeler hakkında, disiplin kovuşturması yapılmasına ve disiplin cezası uygulanmasına karar vermek ve bu Kanunla görevli kılındığı diğer işleri görmek şeklinde hükme bağlanmaktadır (Bkz. Kanun No. 2575, R.G Tarihi: 20.01.1982). Yüksek Disiplin Kurulu'nun çalışma şekli ise "Danıştay Memurları Disiplin Kurulu ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği"nde düzenlen-

Askeri Yargıtay⁴⁹, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi⁵⁰ Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu⁵¹ ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayabileceğini düzenlemektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere hukuki ve yargısal hesap verebilirlik Türk yargı sistemindeki temel hesap verebilirlik mekanizması olarak değerlendirilebilir. Ancak bu mekanizmanın işleyişinde önemli sıkıntıların varlığı dikkat çekicidir. Bunlar içinde en fazla öne çıkan Adalet Bakanı ve müsteşarının Kurul içindeki varlıklarından kaynaklanması muhtemel sorunlardır. Öncelikle bu konuda 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğinin öncesini ve sonrasını farklı değerlendirmek gerekmektedir. Anayasası'nın 144. maddesinin önceki halinde hâkim ve savcılarının görevlerinin; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idari nitelikteki genelgeler) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme, görevlerinden dolayı ve ya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerinin ve hal ve hareketlerinin görevlerinin sıfat ve icaplarına uygun olup olmadığının tespiti ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma açılabilmesi *Adalet Bakanlığı'nın izni* doğrultusunda adalet müfettişlerince gerçekleştirilmekteydi. Böylesi bir durum, hâkim ve savcılarının hukuksal ve yargısal açıdan denetimlerini, Adalet Bakanı gibi siyasi

mektedir (Bkz. R.G No. 24657, R.G Tarihi: 31.01.2002).

⁴⁹ Askeri Yargıtay'ın Kuruluş Kanunu'nun Yüksek Disiplin Kurulu'nun vereceği cezalar başlığını düzenleyen 34. maddesine göre Yüksek Disiplin Kurulu'nun Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin hâkimlik ve askerlik vekar ve onuruna dokunan, şahsi haysiyet ve itibarını kıran veya görev gereklerine uymayan davranışlarından dolayı haklarında disiplin kovuşturması yapacağını belirtmektedir. Yine aynı madde verilecek olan cezaları "uyarma", "kınama" ve "görevden çekilmeye davet" şeklinde düzenlenmektedir (Bkz. Kanun No. 1600, Kanun Tarihi: 26.07.1972). Kurulun çalışma şekli Askeri Yargıtay İçtüzüğü'nün 44. maddesinde hükme bağlanmaktadır (Bkz. Dayandığı Kanunun Tarihi: 26.7.1972, No: 1600, R.G Tarihi : 29/7/1990, R.G No: 20589).

⁵⁰ AYİM Kanunu'na göre Yüksek Disiplin Kurulu'nun görevleri ve vereceği cezaları düzenleyen 28. maddesine göre, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Başsavcı, Daire Başkanları ve üyelerinin hâkimlik ve askerlik vekar ve onuruna dokunan, şahsi haysiyet ve itibarını kıran veya görev gereklerine uymayan davranışlarından dolayı haklarında disiplin kovuşturması yapar ve eylemin ağırlığına göre "uyarma", "kınama" ve görevden çekilmeye davet" işlemlerinden birini uygulamaktadır (Bkz. Kanun No. 1602, Kabul Tarihi: 4/7/1972). Kurulun çalışma şekli AYİM İçtüzüğü'nün 11. maddesinde hükme bağlanmaktadır (Bkz. R.G Tarih: 05.12.1984, No. 14251).

⁵¹ HSYK Kanunu'nun 17. maddesi disiplin işlemlerine ilişkin hükmü içermektedir. Buna göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Başkanvekili ile asıl ve yedek üyeleri haklarında, disiplin işlemleriyle görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlenen suçlarından dolayı, özel kanunlarındaki hükümler uygulanır (Bkz. Kanun No. 2461, R.G Tarih: 14.05.1981).

tarafsızlığı olmayan bir makama bağlamaktaydı. Her ne kadar soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olanlardan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırılabilmesi öngörülse de, Adalet Bakanı'nın soruşturmayı yönlendirebilme imkânına sahip olması hâkimlik ve savcılık teminatı ile bağdaşmayan bir durum olarak ortaya çıkmaktaydı.⁵² 2010 anayasa değişikliğinin ardından 144. maddenin yeni şeklinde, adalet hizmetleri ile savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan *iç denetçiler*; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise *adalet müfettişlerince* yapılacağı, buna ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmaktadır. Görüldüğü üzere maddenin yeni halinde adalet müfettişleri tarafından yapılacak olan denetime yer verilmekte fakat bunun Adalet Bakanı'nın izni ile gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dair herhangi bir düzenleme getirilmemektedir. Anayasa'nın 159. maddesinin 2010 değişikliğinden sonraki yeni halinde bu duruma ilişkin önemli bir düzenleme göze çarpmaktadır. Buna göre HSYK gerçekleştireceği denetimlerde, kendi müfettişlerini⁵³ kullanma imkânına kavuşturulmuştur. Bu durum hâkim ve savcılar üzerinde gerçekleştirilecek olan bir denetimde Adalet Bakanı'nın iznine ihtiyacı olmadığını gösteriyor olsa da, yine 159. maddenin 9. fıkrası gereği Kurulun hukuki ve yargısal hesap verebilirliği işletebilmesinde Kurul Başkanı'nın olurlu ihtiyacı vardır. Yeni değişiklikte de Kurul Başkanı Adalet Bakanı olmaya devam ettiği için pratikte bu hesap verebilirlik mekanizmasının işletilebilmesi yine siyasi bir makam olan Adalet Bakanı'na bağımlılık devam etmektedir.

Bu hesap verebilirlik türü içinde ortaya çıkan bir diğer önemli sıkıntı, HSYK kararlarına karşı yargı yolu işletilip işletilemeyeceği ile ilgilidir. 2010 anayasa değişiklikleri öncesinde HSYK'nın vermiş olduğu kararlara ilişkin herhangi bir biçimde yargısal denetim söz konusu değildi. Bu durum Anayasanın 125. maddesinde belirtilen “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmünün önemli bir istisnasını oluşturmaktaydı. Hâkim ve savcılarının hesap verebilirlikleri noktasında bu derece önemli bir rol oynayan

⁵² Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul-2005, s. 435.

⁵³ 2010 anayasa değişikliğinin ardından çıkarılan 18.12.2010 R.G. Tarih ve 6087 sayılı HSYK Kanunu'nda Teftiş Kurulu HSYK'ya bağlanmıştır. Teftiş Kurulu'nun görev ve sorumluluklarını düzenleyen 14. maddesinde kurul müfettişlerinin görevlerinden biri, “hâkim ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek” şeklinde düzenlenmektedir.

bir organın kendisinin hesap verebilir olmaması bu yönüyle oldukça eleştiriye açıktı. 159. maddenin 10. fıkrasına eklenen yeni bir hüküm ile Kurul'un sadece meslekten çıkarma cezasına dair olan kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Bu haliyle de hesap verebilirlik konusunda önemli sıkıntılar gözükmele beraber, eski durumla karşılaştırıldığında bu değişikliğin önemli bir adım olduğu kabul edilebilir.

Hukuki ve yargısal hesap verebilirlik mekanizmalarının Türk yargı sistemi içindeki bu sorunları dikkate alındığında etkin bir biçimde işlemek bir tarafa, aksine zaman zaman yargı bağımsızlığını zedeleyici bir görünüm sergilediği söylenebilir.

B. Yargının İdari Hesap Verebilirliği

İdari hesap verebilirlik, iki boyutlu bir hesap verebilirlik türü olarak değerlendirilebilir. Bunlardan astlık-üstlük ilişkisi çerçevesinde gelişen hesap verebilirlik dikey boyutu oluştururken, yatay hesap verebilirlik, bireysel yöneticiler ile tümünden kamu yönetimi örgütü ile ilgilidir. Burada hizmetlerin kullanıcısı olan vatandaşlarla birlikte, denetim organları, denetçiler, müfettişler ve kamu denetçisi benzeri unsurlar da yatay hesap verebilirliğin unsurlarıdır.⁵⁴ Dikey hesap verebilirlikten farklı olarak, bir astlık-üstlük ilişkisinden ziyade, aynı düzeyde yer alan unsurların oluşturmuş olduğu ve dışsal bir mekanizmanın bir araya getirdiği unsurlardan meydana gelen bir süreç içinde gerçekleşmektedir. Kendisine hesap verilecek olan forum, aktörün üstünde değil aksine aktörle aynı düzlemde yer alırken, aktör ile aynı organizasyon (kurum) içinde yer alma zorunluluğu yoktur.

Gerek dikey gerekse yatay idari hesap verebilirlikte temel değer ve ilkelere aktörün hukuksal ve işlevsel karakterli, katı ve objektif kriterlere dayalı olarak ölçülebilen performansdır. Bu kriterler aktörün neler yapıp neler yapmaması gerektiğini, pozisyonu ile ilgili zorunluluklarını ortaya koyar.⁵⁵ Bu zorunlulukların aktörün performansını ölçülmesini sağlamak için vardır. Aktörün performansının yeterli düzeyde olması forumun, kaynakların etkin ve verimli kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilmesine imkân tanımaktadır.

İdari hesap verebilirlik yargı sistemi açısından değerlendirildiğinde yukarıdaki tabloda da işaret edildiği üzere hesap verebilirlik ilişkisinin aktörü bir

⁵⁴ Cendon, a.g.e., s. 34.

⁵⁵ Cendon, a.g.e., s. 34.

bütün olarak yargı sisteminin kendisidir. Hesap verebilirlik ilişkisinin forumu ise idari yapı içindeki yöneticiler ya da amirlerdir. Bu noktada idari hesap verebilirlik doğrudan yargının performansını ölçmeyi hedeflemekte bunu yaparken de kaynaklarla çıktılar arasındaki ilişkiden hareket etmektedir. Elde edilen üretkenlik ve verimliliğe göre performans değerlendirilmektedir. Ancak yargının idari hesap verebilirliği, hukuki ve yargısal hesap verebilirlik ile demokratik hesap verebilirlikten farklı olarak iki önemli dezavantaja sahiptir. Bunlardan birincisi yargısal davranışlarda “törenselleşmiş” görüntülerin ortaya çıkma ihtimali, ikinci ise yargıçların idari yönden hesap vermek uğruna hiyerarşik amirlerine ya da yöneticilerine karşı *bağımlı* hale gelmeleri riskidir.

1. Performans Denetimi

Türk hukuk düzeni açısından idari hesap verebilirlik mekanizmasının dikey bir görüntü sergilediği söylenebilir. Anayasanın 140. maddesinin 6. fıkrasına göre “hâkimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı’na bağlıdır.” Bu hesap verebilirlik mekanizmasında hukuki ve yargısal hesap verebilirlikten farklı olarak, forum rolünü hiyerarşik makam olarak Adalet Bakanlığı oynamaktadır. Bu mekanizmanın nasıl işleyeceğini ise 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu belirlemektedir.

Kanun’un 28. maddesinin ilk fıkrasında (Değişik fıkra: 22/12/2005-5435 S.K./12.mad) hâkimler ve savcılarının yükselmelerinde kullanılan not sistemini düzenlemektedir. Bu sistemde hâkim ve savcılar “çok iyi”, “iyi”, “orta” ve “zayıf” şeklinde notlandırılmaktadır. Yargıtay ve Danıştay dairelerinin yaptığı bu notlandırma işleminde çeşitli performans ölçütleri kullanılmaktadır. Kanunun yine aynı fıkrasında bahsi geçen bu ölçütler, “kararda sağlanan isabet”, “davanın hızlı yürütülmesi”, “duruşmalara hazırlıklı çıkılarak gereksiz gecikmelere neden olunmaması”, “usûl hükümlerinin eksiksiz ve zamanında yerine getirilmesi”, “dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi”, “gerekçeli kararın yazılışı, tahlil ve sonuçlandırılmasında gösterilen başarı”, “emsal kararların gözetilmesi”, “soruşturmanın niteliği”, “iddianame içeriğinin buna uygunluğu” şeklinde hükme bağlanmaktadır.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre, Yargıtay ve Danıştay dairelerinin başkan ve üyeleri yukarıda bahsedilen notlandırmaya ilişkin fişleri birlikte karara bağlayarak Adalet Bakanlığına gönderilmek üzere ilgisine göre Yargıtay Birinci Başkanlığına ve Danıştay Başkanlığına verir. Bununla birlikte Ek fıkra: 26/09/2004 - 5235 S.K./49.mad; Değişik fıkra: 22/12/2005-5435 S.K./12.

maddesine göre bölge adliye mahkemesi dairelerince yapılan incelemeler sırasında, hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hangi hâllerde ve ne surette not verileceği, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir. Doldurulmuş olan not belgeleri Adalet Bakanlığına gönderilmek üzere bölge adliye mahkemesi başkanlığına verilir. Madde'nin son fıkrasına göre ise itiraz üzerine incelenen dosyalara ilişkin olarak karar veren hâkimler hakkında bölge idare mahkemelerince hangi hallerde ve ne surette not verileceği Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirleneceği ifade edilmektedir.

Bu notlandırma işleminin sonucunda hâkim ve savcılara uygulanan yükselme çeşitleri Kanununun 29. maddesinde “yükselmeye layık”, “tercihli yükselmeye layık” ve “mümtazen yükselmeye layık” olmak üzere üç biçimde düzenlenmektedir. Yine aynı maddede verilen bu kararlara ilişkin olarak ilgililerin durumlarının, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bir defa daha incelenmesini tebliğden itibaren on gün içinde yazılı olarak başvurmak suretiyle isteyebilmelerine imkân vermektedir.

Hakim ve Savcıların hesap verebilirlikleri noktasında dikkate değer bir diğer hukuki düzenlemeyi 5018 sayılı *Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda*⁵⁶(KMYKK) görmek mümkündür. KMYKK Türkiye’de 2000’li yılların başından itibaren başlayan ve Türk kamu yönetiminin yeniden yapılandırılmasında önemli bir aşamayı ifade etmektedir. Kanununun 1. maddesinde belirtilen amacı, bu kanunun yeniden yapılandırmaya hâkim olan birçok ilkesine atıf yapmaktadır. Kanunun amacı kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasını, hesap verebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere kamu mali yönetiminin yapısını ve işleyişini kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemek olarak ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere sayılan amaçlardan biri hesap verebilirliği sağlamaktır.

Bilindiği üzere idari hesap verebilirliğin temel aldığı değer ve ilke, gerçekleştirilen faaliyetin sonucu, çıktısı ile kullanılan kaynaklar arasındaki ilişkisidir. Yargı organları da gerçekleştirdikleri faaliyetler sonrası elde ettikleri çıktılar ile kullandıkları mali kaynaklar arasındaki ilişkinin olumlu ya da olumsuz sonuçlarından dolayı hesap verme yükümlülüğüne sahip olmalıdır. Bu durum ister istemez, yargının da kamu maliyesi içinde yer almasını

⁵⁶ Kanun No. 5018, R.G. Tarihi: 24.12.2003, R.G. No. 25326.

ve KMYKK kapsamında denetlenmesini gündeme getirmektedir.⁵⁷ Nitekim Kanunun 8. maddesi Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevlilerin ve yetkililerin bu kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumlu olduklarını ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorunluluğu taşıdıklarını hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla kanunun hesap verebilirlik çerçevesinde öngördüğü kurumlar arasında yargı organının da olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

KMYKK, kamu yönetiminde denetimi “iç” ve “dış” olmak üzere iki biçimde düzenlemektedir. Kanunun 63. Maddesinde hükme bağlanan iç denetim: kamu idaresinin çalışmalarına değer katarak, geliştirmek için kaynakların ekonomik, etkili ve verimli yönetilip yönetilmediğini değerlendirmek ve rehberlik yapmak amacıyla yapılan bağımsız, nesnel güvence sağlama ve danışmanlık faaliyeti şeklinde tanımlanmaktadır. Yine aynı maddenin 2. fıkrasında ise bu denetimin iç denetçilerce yapılacağı ifade edilmektedir. Nitekim 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinden sonra 144. maddenin yeni şeklinde adalet hizmetleri ile savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı’nca denetiminin adalet müfettişlerince hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçilerce yapılacağı hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla adalet hizmetlerinde de iç denetim mekanizmasının anayasal bir temeli söz konusudur.

Yargı organları açısından iç denetim sistemi, hukuki ve yargısal hesap verebilirlik konusunda uygulanan teftiş sisteminden farklı olarak kanunun 2. maddesinde de belirtildiği üzere “merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsamaktadır.” Bu yönüyle bakıldığında iç denetim sistemi sadece bakanlık ve taşra birimlerini kapsayacağından bu kanun kapsamında kullanılabilir olan bir hesap verebilirlik mekanizması daha dar bir uygulama alanına sahip olacaktır. Bu nedenle hesap verebilirlik mekanizmasının “aktör” unsuru, iç denetim sisteminde, teftiş sistemine göre daha dar bir sınıra sahiptir.

⁵⁷ Yargıda uygulanan teftiş sistemi ile iç denetim sisteminin karşılaştırmalı olarak ele alan bir çalışma için bkz. Yiğit, Uğur, “5018 sayılı Kanunla Getirilen İç Denetim ve İç Denetçilere İlişkin Hükümlerin Anayasanın Hâkim ve Savcılarının Denetimine İlişkin Hükümü Açısından Değerlendirilmesi”, (www.idarehukuku.net/...(Erişim Tarihi: 05.12.2010)).

İç denetçilerle teftiş sisteminde yer alan müfettişlerin bağlı oldukları makam da hesap verebilirlik mekanizmasının forumunu belirlemektedir. KMYKK'na iç denetçiler, üst yöneticiye bağlı olarak görev yaparken, yine aynı kanunun 11. maddesinde bakanlıklardaki üst yönetici “müsteşar” olarak tanımlanmaktadır. Teftiş sisteminde ise, müfettişler doğrudan Bakan'a bağlı olarak çalışmaktadır.

KMYKK yalnızca iç denetim sistemi getirmekle kalmamakta bununla beraber özellikle yatay boyutuyla idari hesap verebilirliğe ilişkin önemli bir denetim sistemi olan dış denetimi de getirmektedir. Kanunun 68. maddesinde düzenlenen dış denetim, “genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde *hesap verme sorumluluğu* çerçevesinde, yönetimin malî faaliyet, karar ve işlemlerinin; kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) raporlanması” hükmüne bağlanmaktadır. Buna göre yapılan dış denetimin temel çerçevesini hesap verebilirlik çizmektedir. Yine aynı maddede bu denetimi yapacak olan hiyerarşi içinde yer almayan bir organ olan Sayıştay'dır.

Sayıştay Anayasa'da yargı kısmında düzenlenmesine rağmen bir yüksek mahkeme olarak kabul edilmemektedir.⁵⁸ Anayasa'ya göre merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını TBMM adına denetlemek ve sorumluların kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştay'ın 5018 kapsamı içinde yargı organlarına ilişkin yaptığı denetim genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile sınırlıdır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Adalet Bakanlığı Sayıştay denetimine tabi kurumlardır.

2. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman)

Sayıştay, yargı teşkilatının hiyerarşik yapısı içinde olmamakla beraber, yargıyı denetleyen bir organ olması nedeniyle, yatay hesap verebilirlik noktasında önemli bir rol oynamaktadır. Sayıştay ile benzer biçimde yatay boyutta idari hesap verebilirliğe hizmet eden bir diğer organ kamu denetçiliğidir.

Ombudsman genellikle kamu yönetimine karşı halkın şikâyetlerini inceleyen ve yönetimin aksayan, kusurlu yanlarını meydana çıkararak, kamu yönetimi ile ilgili taraf arasında arabuluculuk yapar ve ulaştığı sonuçları par-

⁵⁸ Bu konudaki bir tartışma için bkz. Gözler, Kemal **İdare Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2009, s. 158.

lamento ve kamuoyu ile paylaşır.⁵⁹ Kamu denetçiliği birçok ülke kamu yönetimi sisteminde benimsenmiştir. Özellikle 1950 yılından itibaren hemen hemen her Avrupa ülkesinde ombudsman bürosu oluşturulmuştur.⁶⁰ Bunlardan İsveç ve Finlandiya ombudsmanları yargıyı da denetleme yetkisine sahiptir. İsveç'te ombudsmanın yargıya şikayette bulunma yetkisi varken, Finlandiya'da ombudsman yargı üzerinde yargılama yetkisine sahiptir.⁶¹ Bu ülkelerdeki ombudsmanlar yargı kararlarını değiştirememekte aksine yargıçların sorumluluklarının sağlanmasında rol aldıkları için yargı bağımsızlığını zedelemekten çok ona katkı yapıcı bir işlev üstlenmektedirler.

Ombudsmanın yerine getirdiği önemli bir işlev, hesap verebilirliğin önemli bileşenlerinden biri olan şeffaflığın sağlanmasında oynadığı roldür. Vardığı sonuçları kamuoyu ile paylaşarak, kararların halka ulaşmasını ve halk tarafından denetlenmesini kolaylaştırmakta ve yargı hizmetlerine muhatap olan halk ile yargı organlarının birbirini daha yakından tanımalarına hizmet etmektedir. Böylece yargısal süreçler ombudsman denetimi aracılığıyla daha şeffaf hale gelmekte ve ortaya çıkması muhtemel olumsuzların hesabının sorulması kolaylaşmaktadır.

Kamu denetçiliği kurumu her ne kadar 2010 anayasa değişikliklerinden sonra Anayasa'ya girmiş olsa da bu kurumun Türk kamu yönetimi sistemi içine dâhil edilme çabaları daha eskiye dayanmaktadır. Türkiye'de kamu denetçiliği kurumuna ilişkin ilk düzenleme 28.09.2006 günlü ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile gerçekleştirilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi bu kanunu anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁶² Bu kurumun kamu yönetimine hukuksal olarak girişi son yapılan anayasa değişikliği ile gerçekleşmiştir. Anayasa'nın 74. maddesinde "Dilekçe Hakkı" başlığı altında düzenlenen ve TBMM'ye bağlı olarak çalışması öngörülen kamu denetçiliği (ombudsman) idarenin işleyişi ile ilgili şikayetleri karara bağlamakla görevlendirilmektedir. Yine bu kapsamda hazırlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı maddenin kaleme alındığı tarihte yasalaşmayı beklemektedir. Ancak bu tasarı incelendiğinde, getirilmesi düşünülen kamu denetçiliği kurumunun yargının hesap verebilirliğine dair herhangi bir düzenleme öngörmediği dikkat çekicidir.

⁵⁹ Eryılmaz, Bilâl, **Bürokrasi ve Siyaset: Bürokratik Devletten Etkin Yönetime**, 3. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2008, s. 197.

⁶⁰ Eryılmaz., a.g.e., s. 198.

⁶¹ Verma, Akshat "Judicial Accountability, Grievances Against Judiciary and Ombudsman: A Source of Law", (July 4, 2007), <http://ssrn.com/abstract=998208> (Erişim Tarihi: 08.12.2010).

⁶² Bkz. Esas No. 2006/140, Karar No. 2008/185, Karar Tarihi: 25.12.2008.

3. Hâkimlerin Uyması Gereken Etik İlkeler

Kamu görevlileri görevlerini yerine getirirken yalnızca mevcut hukuki düzenlemelere değil, aynı zamanda etik bir takım ilkelere de uymak zorundadır. Bu ilkeler, kamu görevinin önemli bir boyutunu oluşturur. Daha önce de ifade edildiği gibi halk adına yetki kullanan kamu görevlileri görevlerinin bir gereği olarak etik bazı kodlara uymakla yükümlü kılınmalıdır. Etik ilkeler, yargıcın adil, tarafsız ve gerektiği gibi karar vererek hesap verebilir kılınmalarını sağlayan temel mekanizmalardan biridir. Bu ilkeler esas itibarıyla içsel olmakla birlikte, toplumun temel değerlerini yansıtan hukuk kuralları ve düzenlemeleri ile birlikte somut hale dönüşürler.⁶³

Bugün dünya üzerinde yargının hesap verebilir kılınmasının sağlanması yalnızca hukuksal açıdan bağlayıcı bazı kurallarla değil aynı zamanda bağlayıcılık noktasında hukuk kuralları gibi maddi yaptırım gücü taşımayan ancak, herkesçe uyulması konusunda üzerinde fikir birliğine varılmış bazı etik kuralların varlığı söz konusudur. Bunlar içinde hiç kuşkusuz en önemlisi Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleridir.⁶⁴ Burada yargıçların uyması gereken; “bağımsızlık”, “tarafsızlık”, “doğruluk ve tutarlılık”, “dürüstlük”, “eşitlik”, “ehliyet ve liyakat” olmak üzere altı temel etik değer belirlenmiştir. İlkelere ilişkin yayınlanan bildirinin önsözünde, hâkimlerin; yargı mesleği standartlarını takviye etmek üzere oluşturulan ve bizzat kendileri de bağımsız ve tarafsız olan kurumlar karşısında, meslekî davranışlarından dolayı *sorumlu* oldukları varsayılmakta ve bu prensiplerin, hâkimleri bağlayıcı mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil aksine onları tamamlamak niyetiyle öngörüldüğü belirtilmektedir. Bu ilkelerin kabul edilmesinin temel amaçlarından biri yargıçların sahip oldukları sorumlulukları etik değerlere uygun bir biçimde yerine getirmelerinin sağlanmak istenmesidir. Böylece etik açıdan da hâkimlerin hesap verebilir kılınmaları gündeme gelmektedir.

Kamu yönetiminde etik ilkelerin uygulanmasına dair ülkemizde atılan önemli adımlardan biri Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Ka-

⁶³ Hikmet, Taghrid “Judicial Ethics and the Role of a Judge in a Democratic Society”, Conference at Harvard University Law School , 1 – 2 December 2006, (<http://enj.org/portal/...> (Erişim Tarihi: 14.12.2010)).

⁶⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu bu ilkeleri 2003/43 Karar No. ile 23 Nisan 2003 tarihinde kabul edilmiştir. Bu ilkeler HSYK tarafından 27.6.2006 gün ve 315 sayılı kararla benimsenmiş ve Adalet Bakanlığı 14.11.2006 gün ve 100289 sayılı yazı ile hâkim ve savcılara duyurulması kararı verilmiştir.

nunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁶⁵ ile kurulan Kamu Görevlileri Etik Kurulu'dur.

5176 sayılı kanunun 1. maddesinde de belirtildiği üzere Kurul'un temel görevi, "kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkelerini belirlemek ve uygulamayı gözetmektir." Benzer biçimde "Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin"⁶⁶ 20. maddesinin ilk fıkrasında, yöneticilerin hesap verme sorumluluğu düzenlenmekte, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sorumluluk ve yükümlülükler konusunda kamu görevlilerinin hesap verebilir ve kamusal değerlendirme ve denetime her zaman açık ve hazır olmalarından bahsedilmektedir.

Ancak tüm bu düzenlemeler kamu görevlilerinin tamamını kapsamamaktadır. Kurulun denetimi kapsamına giren kamu kurumları arasında, genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dâhil tüm personeli denetleyebilir. Türk Silahlı Kuvvetleri ve *yargı mensupları* ile üniversiteler kanunun kapsamı dışındadır. Anayasa Komisyonu Alt Raporu'nda bu kamu görevlilerinin kanunun kapsamı dışında bırakılmasının gerekçesi olarak, kendi mekanizmalarına sahip olmaları gösterilmektedir.⁶⁷ Bununla birlikte yargının etik hesap verebilirliği noktasında atılmış en önemli adımlardan birinin Adalet Bakanlığı tarafından Bakanlık bünyesinde Kamu Görevlileri Etik Kurulu ile birlikte çalışması öngörülen bir "Etik Komisyonu"nun kurulması olduğu söylenebilir.

C. Yargının Demokratik Hesap Verebilirliği

Demokratik hesap verebilirlik, diğer hesap verebilirlik mekanizmalarından farklı biçimde, kamu yönetimi ile halk arasında doğrudan ilişki sağlayan bir hesap verebilirlik türü olarak dikkat çekmektedir.⁶⁸ Çünkü bu hesap verebilirlik mekanizmasında halk aktif şekilde rol almakta ve forum görevini

⁶⁵ Kanun No. 5176, Kanun Tarihi: 25.05.2004, R.G. Tarihi: 08.06.2004.

⁶⁶ R.G. Tarihi: 13.04.2005, R.G. No. 25785.

⁶⁷ Bkz. Karar No. 19, Esas No. 1/705, Karar Tarihi: 29.04.2004.

⁶⁸ Cendon, a.g.e., s. 42.

daha etkin biçimde yerine getirme şansı elde etmektedir. Burada biçimsel birtakım süreçlerden ziyade, demokrasinin işleyişinden kaynaklanan, kendiliğinden gelişen süreçler vasıtasıyla işleyen bir mekanizma söz konusu olmaktadır.

Yukarıdaki tablodan da izlenebileceği üzere yargının demokratik hesap verebilirliğinde aktör, yargıç ya da bir kurum olarak yargının kendisidir. Kendisine hesap verilen, başka bir ifade ile forum ise halk (yada halkı temsilen parlamento) ve doğrudan sivil toplum kuruluşlarıdır. Demokratik hesap verebilirliğin amacı da hukuki ve yargısal hesap verebilirlik ile idari hesap verebilirlikte olduğu gibi bireysel veya kurumsal performansın ölçülebilmesidir. Seçimi ve katılımı temel değer alan demokratik hesap verebilirlikte hesap verebilirlik güçlü bir biçimde gerçekleşirken, yargının siyasileşme riskini ortaya çıkarması nedeniyle yargı bağımsızlığının zarar görmesi riskini taşımaktadır.

Demokratik hesap verebilirlik, iki boyutlu bir bağlam içinde düşünülebilir. Bunlardan ilki yargı organlarının yani yargıçların demokratik usullere göre belirlenerek işbaşına gelmelerini ifade etmektedir. Bu boyutuyla demokratik hesap verebilirliğin temeline “temsil” olgusu yerleştirilmektedir.

Demokratik hesap verebilirliğin ilk boyutunu oluşturan yargıçların doğrudan halk tarafından seçimle göreve getirilmeleri ilkesi, Türk yargı sistemi açısından uygulama alanı bulan bir yöntem değildir. Ancak 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile birlikte Anayasa Mahkemesi'nin on yedi üyesinden üç tanesinin TBMM tarafından seçilmesi mümkün hale gelmiştir.⁶⁹ Mahkeme'nin yalnızca üç üyesinin demokratik açıdan hesap verebilir bir organ olan parlamento tarafından seçilmesi dünyadaki örnekleri ile karşılaştırıldığında demokratik meşruiyetin sağlanması ve buna bağlı olarak demokratik hesap verebilirliğinin gerçekleştirilmesi noktasında yeterli gözükmemektedir.

Türk yargı sistemi açısından demokratik hesap verebilirliğin yansıma bulduğu bir diğer alan 2010 anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne getirilen *bireysel başvuru* yoludur. Anayasa değişikliğinin ardından hazırlanan Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un⁷⁰ dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasına göre “herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak

⁶⁹ Anayasanın 146. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkanı ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer...

⁷⁰ Kanun No. 6216, R.G Tarihi: 03.04.2011, R.G No. 27894.

ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir." Yine aynı maddenin ikinci fıkrası ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem ya da eylemden dolayı bireysel başvuruya konu edilebilmesi için bütün idari ve yargısal yolların tüketilmiş olması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Görüldüğü üzere yargı organı tarafından verilen bir karar da bireysel başvuruya konu olabilir. Yargı tarafından hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen birey, Anayasa Mahkemesi aracılığıyla dolaylı bir biçimde yargının hesap verebilirliğini işletebilir. Böylesi bir durumda birey doğrudan hesap verebilirlik mekanizmasında yer alma şansına sahip olduğundan demokratik bir hesap verebilirlik ilişkisinin ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, Anayasanın 159. maddesinde 2010 yılında gerçekleştirilen bir değişiklikle HSYK'nın üyelerinin bir kısmının (22 üyeden 10 tanesi) ülke genelinde görev yapan adli ve idari yargı hâkim ve savcılarınca seçilebilmesi sağlanmıştır. HSYK seçimlerinde yapılan bu değişiklik Anayasa Mahkemesi seçimlerinden farklı bir biçimde halktan (ya da parlamentodan) kaynaklanan bir temsil olmaktan ziyade hâkim ve savcılarının mesleki temsiline dayanan bir demokratik hesap verebilirlik mekanizması içinde değerlendirmek gerekir.

Bugün demokrasinin almış olduğu yeni biçim(ler)in temel belirleyicilerinden biri daha fazla katılımdır. Bu katılımın gerçekleşmesinde rol oynayan ana aktörler ise medya ve baskı gruplarıdır. Katılım hesap verebilirliğin sağlanabilmesinde de oldukça önemli bir rol üstlenmekte ve aracısız bir hesap verebilirlik mekanizmasına yol açmaktadır. İkinci boyutuyla demokratik hesap verebilirlik işte bu katılımı esas alarak doğrudan yargı organlarının topluma hesap verebilir kılınmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede medya organlarının ve sivil toplum kuruluşlarının (baskı gruplarının) rolü öne çıkmaktadır. İkinci boyutuyla demokratik hesap verebilirliğin sağlanabilmesinde özellikle sivil toplumun ve medyanın giderek artan bir etkiyle, yargı organları üzerinde önemli bir denetim işlevi gördüğü, değişik ülke tecrübeleriyle doğrulanabilmektedir.

Bu konuda "C-SPAN" (Cable-Satellite Public Affairs Network) ve "Yurttaşlar İçin Yargısal Hesap Verebilirlik" (Citizens for Judicial Accountability) örnekleri öne çıkmaktadır.⁷¹

⁷¹ Bkz. Le Sueur, Andrew, "Developing Mechanisms For Judicial Accountability in the UK",

1. Medya ve Yargısal Hesap Verebilirlik İlişkisi: C-SPAN Örneği

C-SPAN demokratik anlamda yargının hesap verebilirliğinin sağlanmasında ve özellikle medyanın etkisinin ortaya konmasında önemli bir örnek teşkil etmektedir. C-SPAN'ın çalışmalarının odaklandığı nokta, devlet organlarının çalışmalarının medya aracılığıyla daha şeffaf bir hale getirilmesidir.

C-SPAN, 1979 yılında Amerikan kablolu televizyon endüstrisi içinde yer alan amacı kamu hizmeti gerçekleştirmek olan bir yayın kuruluşudur. Başta Temsilciler Meclisi ve Senato olmak üzere, kamu politikası oluşumuna katkı sağlayan kamusal karar organlarında yapılan tartışmaları ve verilen kararları, herhangi bir değişikliğe uğratmadan, farklı bakış açılarını, analizleri ve yorumları tarafsız bir biçimde vermeyi hedeflemektedir.⁷² Her ne kadar başlangıçta bir televizyon kanalı biçiminde kurulmuş olsa da, bugün televizyon yayıncılığının yanı sıra, radyo ve internet yayıncılığı ile sosyal paylaşım siteleri aracılığıyla da faaliyetlerini sürdürmektedir.

C-SPAN yapmış olduğu programlardan bir bölümünü yargı organlarına ayırmaktadır.⁷³ Yargısal konularda özellikle Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'ne ilişkin olanlar C-SPAN'ın yayınlarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bu çerçevede kurumun internet sitesinde Mahkeme'ye ayrılmış özel bir web sayfası bulunmaktadır.⁷⁴ Burada Mahkeme hakkında bilgi almak isteyenlere, Mahkeme'nin tarihçesi, Mahkeme'nin mevcut ve geçmişteki üyeleri gibi bilgilerin yanı sıra, mahkeme üzerine uzmanlaşmış akademisyenler ve gazetecilerin görüşlerine yer verilmektedir. Gazetelerde Mahkeme'ye ilişkin konularda çıkan yazılar ve yine mahkeme üyeleri ile yapılmış röportajlar da internet sayfasında yer alan önemli başlıklardan bazılarıdır.

Mahkeme'ye ilişkin yapılan tartışmalarda Mahkeme'nin medya ile ilişkisi ağırlıklı gündem maddelerinden biridir. Bu konuda Mahkeme'nin çalışmalarının daha fazla kamuoyunun gözü önüne getirmek gibi bir çaba sergilenmektedir. Örneğin, son dönemde Mahkeme'nin çalışmalarının televizyondan yayınlanıp yayınlanamayacağı tartışması ekseninde bir kamuoyu

Legal Studies, 2004, s. 79-80.

⁷² Bkz. "The C-SPAN Mission", <http://www.c-span.org...>(Erişim Tarihi: 13.12.2010).

⁷³ Bu konudaki önemli programlarından biri "Amerika ve Mahkemeler" (America and the Courts) programıdır. Bu programda gündemdeki davalara ilişkin tartışmalara yer verilmektedir (Bkz. "America and the Courts", <http://www.c-span.org...> (Erişim Tarihi: 13.12.2010).

⁷⁴ Bkz. "The Supreme Court Home to America's Highest Court", <http://supremecourt.c-span.org/Default.aspx> (Erişim Tarihi: 12.12.2010).

araştırması gerçekleştirilmiştir.⁷⁵ Yine benzer biçimde halkın Mahkeme'ye ilişkin algılamasını ölçmeye dönük anket çalışmaları yapılarak internet sitesinden yayınlanmaktadır.⁷⁶ Öğrencilere ve öğretmenlere dönük olarak gerçekleştirilen eğitim faaliyetleri aracılığıyla, özellikle öğrencilerin Amerikan idari sistemi noktasında bilgilendirilmeleri hedeflenmektedir.⁷⁷ Bu çerçevede yürütülen eğitim çalışmalarından biri de Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'ne ilişkin olanıdır.

C-SPAN'nin gerçekleştirmekte olduğu kamu yayıncılığı ile kamuoyunun yargı organlarının hesap verebilirliğinin sağlanabilmesinde rol almasını sağlayan önemli bir arayüz görevi gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Böylece hesap verebilirliğinin ana forumunu oluşturan halkın, doğrudan sistemin işleyişine ilişkin kararlara ulaşmasını sağlayarak hem şeffaflığın hem de hesap verebilirliğin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

2. Sivil Toplum ve Yargısal Hesap Verebilirlik İlişkisi: “Yurttaşlar İçin Yargısal Hesap Verebilirlik Hareketi” Örneği

Demokratik hesap verebilirliğin gerçekleştirilmesinde bir diğer önemli rolü sivil toplum örgütleri başka bir ifade ile baskı grupları adı verilen oluşumlar gerçekleştirmektedir. Bu kapsamda yargısal hesap verebilirliğin sağlanmasında özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde faaliyet gösteren çeşitli sivil toplum hareketleri mevcuttur. Bunlar içinde Florida Eyaleti merkezli “Yurttaşlar İçin Yargısal Hesap Verebilirlik” (Citizens for Judicial Accountability-CJA) adı verilen hareket amacı ve gerçekleştirmiş olduğu faaliyetler nedeniyle öne çıkmaktadır.

CJA Hareketi internet sayfasında⁷⁸ amacına ve faaliyetlerine ilişkin çeşitli açıklamalar bulmak mümkündür. Bu hareketi ortaya çıkaran birincil sebep yargı sisteminin karşılaştığı problemler ve suiistimaller konusunda kamuoyunun haberdar edilmesi ve bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesinin yeniden düzenlenmesinin sağlanması çabası şeklinde ifade edilmektedir. Hesap

⁷⁵ Örneğin bu araştırmayı gerçekleştiren uzman ile yapılan röportaj internet sitesinde yayınlanmıştır. Bkz. “Supreme Court Proceedings on Television” (Mar 9, 2010), <http://c-spanvideo.org> (Erişim Tarihi: 12.12.2010).

⁷⁶ Bkz. “What Americans Know About the U.S. Supreme Court and Want Changed About the Court”, <http://supremecourt.c-span.org> (Erişim Tarihi: 12.12.2010).

⁷⁷ Bkz. “C-SPAN Classroom”, <http://www.c-spanclassroom.org/> (Erişim Tarihi: 13.12.2010).

⁷⁸ “Citizens for Judicial Accountability”, www.judicialaccountability.org (Erişim Tarihi: 12.12.2010).

verebilir ve adil bir yargı sistemini medyayı, kamusal forumları (tartışmalar) ve hükümet mekanizmalarını kullanarak sağlamayı hedeflemektedir. Bunun için: halkın hukuksal ve anayasal konularda eğitilmesi, halkın yargı reformuna ilişkin ilgisinin artırılması, yargısal konuların avukatların tekelinden çıkarılarak sıradan vatandaşın da hukukun uygulanmasına katılımının sağlanması, yine sıradan vatandaşın da içinde yer aldığı hesap verebilir bir yargı sistemi kurulması ve yargıçlara ilişkin şikâyetlerin şeffaf bir biçimde soruşturulması, hâkimleri ve avukatları davacılar karşı olan davranışlarından dolayı sorumlu tutulmalarının sağlanması ve onları hukukun uygulanması konusunda gerçekleştirebilecek olan suiistimaller ve ihlallerden hesap verebilir ve cezalandırılabilir kılmak, içinde sıradan vatandaşların da üye olduğu bir organ oluşturarak, yasama organının yargının işlevini gerektiği gibi yerine getirip getirmediğini denetlenmesi ve yine yargıda reform amacı güden diğer benzeri oluşumlarla işbirliği yapmak hareketin temel amaçlarındandır.

CJA yukarıda bahsedilen amaçlara ulaşmak için çeşitli girişimlerde bulunmaktadır. Hareketin web sayfası bu yönde çeşitli içeriklere yer vermektedir. Bunlardan biri, “yargı reformu destek” kampanyasıdır. Bu çerçevede web sayfası aracılığıyla üye kaydı yapmakta⁷⁹, ayrıca halkı yargı konusunda bilinçlendirmek amacıyla mahkemeler, davalar, hukuksal düzenlemeler ve gündemdeki hukuki gelişmelerle ilgili haber ve makale arşivi oluşturulmaktadır.⁸⁰

SONUÇ

Yargının gerçekleştirmiş olduğu işlevin niteliğinde meydana gelen dönüşüm, hem devletin hem de toplum birçok alanında yargı organlarının etkisinin giderek artışının bir sonucudur. Klasik anlamıyla kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği yürütme ve yasama organından bağımsız hareket etme ayrıcalığına sahip olan yargının, temel meşruiyet kaynağını da bu ayrıcalık oluşturmuştur. Ancak gerek devletin değişen fonksiyon ve faaliyetleri gerekse toplumsal ilişkilerin aldığı yeni şekil, yargıyı yasama ve yürütme karşısında güçlendirmiş ve onların görev ve yetki alanına müdahale etme imkânı tanımıştır. Ancak bu durum, yargının karar ve uygulamalarından dolayı hesap verebilir hale kavuşturulması taleplerini de arttırmıştır.

⁷⁹ Bkz. “Support Judicial Reform”, [http://www.judicialaccountability.org/...](http://www.judicialaccountability.org/)(Erişim Tarihi: 14.12.2010).

⁸⁰ Bkz. “News and Articles”, [http://www.judicialaccountability.org/...](http://www.judicialaccountability.org/)(Erişim Tarihi: 14.12.2010).

Yargının hesap verebilir kılınması noktasında bugün yaşanan çabaların ortak noktası, yargıyı yerine getirdiği işlev itibarıyla daha şeffaf ve daha hesap verebilir kılmaktır. Özellikle bilgi ve iletişim teknolojilerinden yaşanan gelişmeler, bireyin karşısında devleti daha denetlenebilir hale getirmektedir.

Yargı klasik anlamıyla zaten bazı hesap verebilirlik mekanizmalarına sahiptir. Ancak bu mekanizmalar, yargıya kamuoyunun beslediği güveni sağlamakta gittikçe etkisiz kalmaktadır. Yargılamalar açık bir biçimde gerçekleşmektedir, kararlara ilişkin temyiz yolları açıktır, hâkimler çeşitli disiplin işlemlerine tabi kılınmakta ve performansları çeşitli kriterlere göre ölçülmektedir. Ancak tüm bunlar yargının eylem ve işlemlerinin hesabını vermesi için yeterli gözükmemektedir. Bahsi geçen tüm bu mekanizmalar, beklentileri karşılamaktan uzak bir biçimde zaman zaman yargısal faaliyete ilişkin bir ritüel olmaktan öteye gidememektedir.

Diğer başka ülkelerden olduğu gibi yargının etki alanının gittikçe genişlediği ülkelerden biri hiç kuşku yok ki Türkiye'dir. Yargıya dönük tartışmalar son dönemde önemli bir artış görülmektedir. Gittikçe artan sayıda mahkeme kararının toplum düzeyinde yaşadığı meşruiyet sorunu, uzun tutukluluk ve yargılama süreleri ve yüksek yargı organlarının siyaset kurumu ile yaşadığı sürtüşmeler, bu tartışmaların sadece birkaçıdır. Bu da beraberinde yargının işleyişindeki aksaklıklardan ve verdiği hatalı kararlardan nasıl hesap verebilir kılınacağına ilişkin tartışmaları alevlendirmektedir.

Esas itibarıyla hesap verebilirlik konusunda Türk yargı düzeni içinde özellikle hukuki-yargısal ve idari anlamda çeşitli mekanizmalar söz konusudur. Ancak bu mekanizmalar değişen ve farklılaşan yargı kurumunun faaliyetlerini denetlemek hususunda yetersiz kalmaktadır. Bunun önemli bir nedeni bu mekanizmaların, doğrudan değil dolaylı bir hesap verebilirlik sağlaması ve yeterince şeffaf olmamasıdır. Bu yetersizlikler beraberinde demokratik olarak yargının hesap verebilir kılınması taleplerinin artmasını sağlamaktadır.

Günümüzde yargının hesap verebilir kılınmasında demokratik hesap verebilirlik mekanizmalarının rolü gittikçe artmaktadır. Ancak Türkiye'de demokratik hesap verebilirliğin sağlanmasına ilişkin çabalar dünyadaki örnekleriyle karşılaştırıldığında oldukça zayıf kalmaktadır. Bu yönde atılan en önemli adım 2010 yılında Anayasa Mahkemesi'nin bir kısım üyelerinin seçiminde parlamentonun, HSYK'nın bir kısım üyelerinin seçiminde ise ülke çapındaki hâkim ve savcılarının söz sahibi olabilmesinin sağlanması olmuştur. Bunlar

önemli adımlar olmakla birlikte, yargı organının bir bütün halinde hesap verebilir kılınması için yetmeyecektir. Günümüz demokrasisinin önemli bir unsuru “temsil” dir. Ancak temsil tek başına yeterli değildir. Artık halk, temsilden ziyade, sürekli bir biçimde siyasal sistemin içinde olmayı arzu etmektedir. Sivil toplum kuruluşları ve medya organları bu katılımın sağlanabilmesindeki ana forumlar halini almıştır. Yargısal hesap verebilirlik bağlamında düşünüldüğünde bu ilişkinin aktörünü oluşturan özelde hâkimler, genelde ise tümünden yargı kurumudur. Ve artık aktörün doğrudan foruma yani halka hesap vermesi gündemdedir. Bu yönde özellikle ABD’de ortaya çıkmış olan ve temel amaçları yargıyı hesap verebilir kılarak yargıya güveni arttırmak ve yargı bağımsızlığını kuvvetlendirmek olan C-SPAN ve CJA Türkiye’deki yargısal hesap verebilirlik tartışmalarına ışık tutmalıdır. Yargı kurumu ancak bu şekilde tam anlamıyla işlevsel meşruiyetini yeniden kuvvetlendirebilecektir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Muhittin, “Bağımsız Düzenleyici Kurullar ve Türkiye Örneği”, TÜSİAD Yayınları, Yayın No: 2002-12/349, İstanbul 2002.
- AKTAN, Coşkun Can ve diğerler, “Kamu Maliyesinde Hesap Verme Sorumluluğu ve Mali Saydamlık”, **Kamu Maliyesinde Çağdaş Yaklaşımlar**, Ed. Coşkun Can Aktan ve diğerleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.
- “America and the Courts”, <http://www.c-span.org/Series/America-and-the-Courts.aspx> (Erişim Tarihi: 13.12.2010).
- ATEŞ, Hamza, “Yeni Kamu İşletmeciliği Bağlamında Hesap Verebilirlik”, **Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar**, Ed. Bekir Parlak, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 179-223.
- BALCI, Asım, “Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Anlayışı”, **Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar**, Ed. Asım Balcı ve diğerleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 115-133.
- BİRİCİKOĞLU, Hale ve Serdar GüleNER, “Hesap Verebilirlik Anlayışındaki Değişim ve Türk Kamu Yönetimi”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı: 459, Haziran, 2008, s. 203-224.
- BOVENS, Mark, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual

Framework”, **European Law Journal**, Vol. 13, No. 4, 2007, s. 447-468.

BOVENS, Mark, “Public Accountability”, **Handbook of Public Administration**, Ed. B. Guy and Jon Pierre, Sage Publications, London 2003, s. 182-208.

CALLAHAN, Kate, **Elements of the Effective Governance: Measurement, Accountability and Participation**, CRC Press, 2007.

CENDON, Antonio Bar , “Accountability and Public Administration: Concepts, Dimensions, Developments”, 2004 s. 22-41, “<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispace/unpan006506.pdf> (Erişim Tarihi: 18.11.2006).

“Citizens for Judicial Accountability”, www.judicialaccountability.org (Erişim Tarihi: 12.12.2010).

CONTINI, Francesco ve Richard Mohr, “Reconciling Independence and Accountability in Judicial Systems”, **Utrecht Law Review**, Cilt 3, Sayı 2, (December) 2007, s. 26-43.

CROSS, Frank , “Judicial Independence”, **The Oxford Handbook of Law and Politics**, Ed. Whittington, Keith E., Daniel R. Kelemen and Gregory A. Calderia, Oxford University Press, 2008, s. 557-575.

“C-SPAN Classroom”, <http://www.c-spanclassroom.org> (Erişim Tarihi: 13.12.2010).

DEMİRKOL, Ferman, **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Kitap, İstanbul 1991.

ERDOĞAN, Kesim, “Bir Etik Davranış İlkesi Olarak Hesap Verebilirlik (Hesap Verme Sorumluluğu)”, **Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu**, Sakarya Üniversitesi, Adapazarı 2005, s.269-281.

ERYILMAZ, Bilâl, **Bürokrasi ve Siyaset Bürokratik Devletten Etkin Yönetime**, 3. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2008.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2009.

- HAMMERGREN, Linn, “Judicial Independence and Judicial Accountability: The Shifting Balance in Reform Goals”, **Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality**, Office of Democracy and Governance, Washington DC. 2002, s. 149-157.
- HİKMET, Taghrid, “Judicial Ethics and the Role of a Judge in a Democratic Society”, Conference at Harvard University Law School, 1–2 December 2006, http://enj.org/portal//biblioteca/funcional_y_apoyo/etica_judicial_y_del_defensor/47.pdf (Erişim Tarihi: 14.12.2010).
- HUGHES, Owen E., **Public Management and Administration An Introduction**, Third Edition, Palgrave Macmillan, New York 2003.
- “Independence, Transparency and Accountability in the Judiciary of Ethiopia”, National Judicial Institute For the Canadian International Development Agency, October-2008, (http://www.abbaymedia.com/pdf/nij_ethiopian_judiciary_assessment.pdf (Erişim Tarihi: 29.11.2010)).
- İNCEOĞLU, Sibel, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2008.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıya Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 72, Ankara 2007, s. 55-74.
- KARLAN, Pamela S., “Two Concepts Of Judicial Independence”, **Judicial Independence and Accountability Symposium**, University of Southern California Law School, 20-21 November, 1998, s. 1-18 (<http://www.usc.edu/dept/law/symposia/judicial/pdf/karlan.pdf> (Erişim Tarihi: 24.11.2010)).
- KESİK, Ahmet ve Gamze Kırıl, “Yeni Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik”, **Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Sorunları ve Geleceği**, 2. Baskı, Ed. Nihat Falay ve diğerleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 153-171.
- KIRMAZ, Birol, **Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- KRAUSNER, Lewis A., “Is Judicial Independence Useful Concept?”, **Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach**, Ed. Stephen B. Burbank, Barry Friedman, Sage Publication, California 2002 s. 45-56.

KUTLU, Mustafa, **Kuvvetler Ayrılığı Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

MULGAN, Richard, **Holding Power to Account: Accountability in Modern Democracy**, Palgrave Macmillan, New York 2003.

“News and Articles”, <http://www.judicialaccountability.org/news.htm> (Erişim Tarihi: 14.12.2010).

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, No: 1, Ankara 2008, s. 225-242.

SAMSUN, Nihal , “Hesap Verebilirlik ve İyi Yönetişim”, **İyi Yönetişimin Temel Unsurları**, T.C Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ayrıntı Basımevi, Ankara 2003, s. 18-33.

“Support Judicial Reform”, <http://www.judicialaccountability.org/fromthepage.htm> (Erişim Tarihi: 14.12.2010).

“Supreme Court Proceedings on Television” (Mar 9, 2010), <http://c-spanvideo.org/program/CourtProc&showFullAbstract=1> (Erişim Tarihi: 12.12.2010).

LE SUEUR, Andrew, “Developing Mechanisms For Judicial Accountability in the UK”, **Legal Studies**, 2004.

TANÖR, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2005.

The C-SPAN Mission, <http://www.c-span.org/about/company/index.asp?code=MISSION> (Erişim Tarihi:13.12.2010).

“The Supreme Court Home to America’s Highest Court”, <http://supremecourt.c-span.org/Default.aspx> (Erişim Tarihi: 12.12.2010).

Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, Çev. Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.

“What Americans Know About the U.S. Supreme Court and Want Changed

About the Court”, <http://supremecourt.c-span.org/assets/pdf/CSPANSupremeCourtPollSept242009.pdf> (12.12.2010).

VERMA, Akshat, **Judicial Acoountability, Grievanes Against Judiciary and Ombudsman: A Source of Law**, (July 4, 2007), <http://ssrn.com/abstract=998208> (Erişim Tarihi: 08.12.2010).

VILE, M. J. C., **Constitutionalism and the Separation of Powers**, Second Edition, Liberty Fund, Indianapolis 1998.

VOERMANS, Wim, “Judicial Transparency Furthering Public Accountability for New Judiciaries”, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, No. 1 (June), 2007, s. 148-159.

Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hâkimlerin Bağımsızlığı Raporu, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) 82. Genel Kurul Toplantısında Kabul Edilen Rapor, 12-13 Mart, Venedik-2010, (www.venice.coe.int (Erişim Tarihi: 29.11.2010)).

YİĞİT, Uğur, “5018 sayılı Kanunla Getirilen İç Denetim ve İç Denetçilere İlişkin Hükümlerin Anayasanın Hâkim ve Savcıların Denetimine İlişkin Hükümü Açısından Değerlendirilmesi”, (<http://www.idarehukuku.net/hukukiaciklama/Hkim-ve-Cumhuriyet-savcilar/5018-sayili-Kanunla-Getirilen-Ic-Denetim-ve-Ic-Denetcilere-Iliskin-Hukumlerin-Anayasanin-Hkim-ve-Savcilarin-Denetimine-Iliskin-Hukmu-Acisindan-Degerlendirilmesi.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2010)).

ZAGEL, James ve Adam Winkler, “The Independence of Judges”, **Mercer Law Review**, Vol. 46, 1995, s. 795-834.

ALMAN İDARİ USUL HUKUKU'NDA İDARİ İŞLEMİN İDARE TARAFINDAN HÜKÜMSÜZ KILINMASI

Dilşat YILMAZ*

ÖZET

Bu makalede, idari işlemin, idare tarafından Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. ve 49. maddelerine dayanarak hükümsüz kılınması ve hükümsüz kılınmasının sonuçları incelenecektir. Söz konusu hükümsüz kılma şekilleri idari işlemin kesinleşmesinden önce ya da sonra uygulanabilir. Hükümsüz kılma ilgililerin teblihi üzerine ya da idarenin resen harekete geçmesi sonucunda gündeme gelebilecektir. Hükümsüz kılınma, idari işlemin hukuk salt varlığını sona erdirmekle kalmamakta aynı zamanda yapılan ödemelerin iadesi gibi sonuçları da beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda hükümsüz kılma, sonuçları ve usulü detaylı olarak ele alınacaktır. Söz konusu inceleme yapılırken, Türk hukuk sistemindeki benzer müesseseler mukayeseye imkan sağlayabilecek düzeyde, ana hatları ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari işlem, hükümsüz kılma, yararlandırıcı idari işlem, yükümlendirici idari işlem, korunmaya değer menfaat.

INVALIDATION OF ADMINISTRATIVE ACTS BY THE ADMINISTRATION IN GERMAN ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

In this article invalidation of administrative act by the administration and its results will be evaluated in respect of articles 48 and 49 of German Administrative Procedural Act. This methods can be applied both before becoming definite and after becoming definite of administrative act. Invalidation can be applied on request or on initiative. Invalidation not only terminates the presence of administrative act but also necessitates other results, like back payment of settled payments. In this article, invalidation and its results will be discussed in details. While German system is being examined, similar concepts in Turkish Law will be also substantially discussed in order to provide compare.

Key Words: Administrative act, invalidation, benefiting administrative act, burdening administrative act, interest worths being protected.

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Alman İdare Hukukunda idari işlemin¹, idare tarafından hükümsüz hale getirilme² yöntemlerinden ikisi, “rücknahme³” ve “widerruf⁴”tur. Bu bağlamda idari işlemin idari yargı yerleri tarafından iptal edilmesi(Alman İdari Yargılama Usul Kanunu m.113) ve iptal davası öncesinde idareye yapılacak başvuru sırasında(Alman İdari Yargılama Usul Kanunu m. 68) hükümsüz kılınması ile makalemiz bağlamında hükümsüz kılınmasının farklı yöntemler olduğu vurgulanmalıdır⁴. Öncelikle belirtilmelidir ki, idari işlemin hükümsüz kılınması(Aufhebung) bir üst başlıktır. Bu başlık kendi içerisinde “hukuka aykırı” idari işlemlerin hükümsüz kılınması bağlamında “rücknahme”, “hukuka uygun” idari işlemlerin hükümsüz kılınması bağlamında ise “widerruf” olarak alt gruplara ayrılmaktadır. İşte Alman İdari Usul Kanunu’nun 48. maddesinde “hukuka aykırı” idari işlemlerin, 49. maddesinde ise “hukuka uygun” idari işlemlerin hükümsüz hale getirilmesi, bu işlemlerin “yararlandırıcı”(begünstigend) ya da “yükümlendirici”(belastend) nitelikleri de dikkate alınmak suretiyle detaylı olarak düzenlenmektedir. Maddelerin kaleme alınma şeklienden kaynaklı sorunlar ya da belirsizlikler ise içtihat ya da doktrin aracılığı ile giderilmektedir. Gerek hukuka aykırı gerekse hukuka uygun idari işlemin hükümsüz kılınması, başvuru üzerine(auf Antrag) kullanılabileceği gibi idare tarafından resen(von Amts wegen) de kullanılabilir⁵. Ayrıca her iki yöntem idari işlemin kesinleşmesinden⁶ önce ya da sonra söz

¹ Alman Federal İdari Usul Kanunu’nun 35.maddesi uyarınca idari işlem, kamu hukukuna ilişkin somut bir durumu düzenlemek için, idari makam tarafından yapılan, doğrudan dışsal etkiye sahip olan tasarruf, karar ya da kamu gücüne dayalı diğer tedbirlerdir. Başka bir ifade ile, bu kanun anlamında idari işlem somut olarak belli ve bir kere uygulanmakla tükenen işlemlere ilişkin olup, düzenleyici idari işlemler İdari Usul Kanunu kapsamı dışında yer almaktadır. İncelememiz de, bu kapsam içinde olacaktır.

² Hükümsüz kılma, idari işlemin hukuki etkisinin idare ya da mahkeme tarafından sona erdirilmesidir. Bkz MAURER Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, C.H.Beck, München 2009, s. 284.

³ “Rücknahme” kelime anlamı ile “geri alma” şeklinde çevrilebilecek olsa da, birazdan da görüleceği gibi burada Türk hukuk sistemi ile farklılıklar bulunmaktadır.

⁴ Bkz DETTERBECK Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.H. BECK, München 2009, s. 227.

⁵ SCHWEICKARDT Rudolf, Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1983, s. 216., DETTERBECK, s. 265. Ancak başvuru yapılması halinde anılan maddelere dayanarak esasın incelenmesi için, öncelikle daha sonra değinilecek olan 51. maddeye göre bir usul izlenmesi gerekmektedir.

⁶ Materielle Bestandskraft (Maddi Kesinlik): İdari işlemin iptal edilemez durumda olmasıdır. Formelle Bestandskraft (Şekli Kesinlik): İdari İşlemin bağlayıcılık ve tüm devlet organları

konusu olabilecektir ve her iki durumda da, idari işlemin hükümsüz kılınıp kılınmaması noktasında idarenin takdir yetkisi söz konusudur⁷. Yok hükmündeki idari işlemlerin hükümsüz kılınması söz konusu olamaz. İlgili yalnızca Alman İdari Usul Kanunu'nun 44. maddesine dayanarak, her zaman, bu işlemin yokluğunun saptanmasını idareden talep edebilir⁸.

II. “HÜKÜMSÜZ KILMA” KONUSUNDA DİKKATE ALINMASI GEREKEN PRENSİPLER

Alman İdari Usul Kanunu'nun(VwVfG) idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin maddelerine ilişkin detaylı açıklamaya geçmeden önce üzerinde durulması gereken bir nokta, “idari işlemin hukuka uygun” ya da “hukuka aykırı” olması noktasında belirleyici olanın, söz konusu idari işlemin yapılma zamanı(Zeitpunkt seines Erlasses) olduğudur. Başka bir ifade ile, idari işlem yapıldığı anki koşullarda hukuka uygun ise, daha sonra maddi ya da hukuki durumda değişiklikler olsa ve idare, bu işlemi anılan şartlar altında yapamayacak olsa da, söz konusu idari işlem hukuka uygun kalmaya devam edecektir. O halde yapıldığı anda hukuka uygun olan idari işlem için, Alman İdari Usul Kanunu'nun “hukuka uygun idari işlemin hükümsüz kılınması”na ilişkin 49. maddesi söz konusu olabilecektir⁹. Wolff/Decker'e göre idari işlemin yapıldığı zaman ortada olmayan koşulların dikkate alınması, ancak bu halin sonradan

bakımından dikkate alınma zorunluluğu, hükümsüz kılınmadığı sürece etkili olması gibi idari işlemin etkililiğinin sonuçlarına ilişkindir. Bkz DETTERBECK, s.192.

⁷ SUCKOW Horst-WEIDEMANN Holger, Allgemeine Verwaltungsrecht und Verwaltungsschutz, Kohlhammer, Stuttgart 2008, s. 165.

⁸ DETTERBECK, s. 230. Alman Federal İdari Usul Kanunu'nun çalışmamız bağlamında değinilecek maddeleri uygulanırken eyalet yasaları(ne zaman federal yasalar ne zaman eyalet yasalarının kullanılacağı konusunda tartışmalar bulunmaktadır) ve özel yasal düzenlemeler olup olmadığı(özel düzenlemeler önceliklidir) dikkate alınmalıdır. Ancak önemle belirtilmelidir ki, eyaletlerin usul kanunlarındaki “idari işlemlerin hükümsüz kılınmasına”ilişkin düzenlemeler, içerik olarak büyük ölçüde Federal İdari Usul Kanunu ile aynıyet arz etmektedir. Federal İdari Usul Kanunu hükümleri eyalet makamlarının kamu hukukuna ait işlevleri ile eyaletlerin federal düzeyde yaptığı işlerde söz konusu olacaktır. Eyalet makamlarının kamusal idari faaliyetleri kendi özel yasaları ile düzenlendiği sürece, bu düzenleme federal usul yasası karşısında önceliklidir. Özel nitelikli hükümler ise gerek eyalet düzeyinde gerekse federal düzeyde öncelikli olarak uygulanmalıdır. SODAN-ZIEKOW, s. 460-461.

⁹ DETTERBECK, s. 228., WOLFF Heinrich Amadeus,-DECKER Andreas,Verwaltungsgerichtsdordnung und Verwaltungsverfahrensgesetz Studien Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 2007, s. 754. Alman Federal İdare Mahkemesi bu duruma iki istisna getirmekte, özel sebeplerle hukuki ya da maddi durumdaki değişikliklerin geçmişe etkili olması hali ve devam eden idari ödemelere ilişkin idari işlemlerde, maddi ya da hukuki durumda değişiklik olması halinde, hukuka aykırı idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. maddesinin uygulanması gerektiği fikrindedir. BVerwG, 84,111.

ortaya çıkması ya da hukuki durumun yanlış değerlendirilmesi sonucuna idarece daha sonradan farkına varılması halinde durum farklıdır ve bu halde idari işlem, “yapıldığı anda” hukuka aykırıdır¹⁰. İdari Usul Kanunu’nun 49. maddesinin 3. fıkrasına 1996 yılında yapılan eke kadar, doktrinde hukuki durumda sonradan oluşan değişiklik durumunda, hukuka aykırı idari işlemin ortadan kaldırılmasına ilişkin 48. maddenin kullanımı desteklenmekte idi, çünkü bu yöntemde hükümsüzlüğün etkisi ileriye yönelik(ex nunc) idi. Bunun sonucu sübvansiyon alanında yapılan ve amacına uygun kullanılmayan ödemelerin talep edilememesi idi ve bu durum adaletsiz uygulamalara yol açmakta idi. Ayrıca söz konusu durum, baştan itibaren hukuka aykırı olan idari işlem ile, yapıldığı anda hukuka uygun olup daha sonra hukuka aykırılığı geçmişe yönelik oluşan idari işlemi aynı kategoriye koyması sebebi ile eleştirilmekte idi¹¹. 1996 yılında yapılan ek ile bu sorun çözüldü ve hukuka uygun idari işlemin de geriye etkili(ex tunc) olarak hükümsüz kılınmasının yolu açılmış oldu¹². Bu noktada Maurer, idari işlemin yapılmasından sonra ortaya çıkan ancak geriye etkili hukuka aykırılıkların bahsedilen durumdan farklı olduğu, bu durumda hukuka aykırı bir idari işlem olması sebebiyle hukuka aykırı idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin 48. maddenin kullanılacağına dikkat çekmektedir¹³. Sodan ve Ziekow, genel kuralı şu şekilde ifade etmektedirler: 49. maddede idari işlemin yapılması ve hükümsüz kılınması arasındaki zaman içinde gerçekleşen değişikliklere yönelik iken, 48. madde idari işlemin yapılış zamanında söz konusu olan hukuka aykırılıklara ilişkindir¹⁴.

Hükümsüz kılınmaya konu olan idari işlemin “yararlandırıcı” ya da “yükümlendirici” olduğunu saptamada belirleyici nokta, işlemin muhatabının bakış açısı olacaktır(Sicht der Betroffenen)¹⁵. Aynı zamanda somut olayın özellikleri de, bu saptamada etkili olacaktır. Anılan durum, özellikle üçüncü kişileri etkileyen idari işlemler(Verwaltungsakt mit Drittwirkung) de söz konu-

¹⁰ WOLFF-DECKER, s. 754.

¹¹ WOLFF-DECKER, s. 755.

¹² MAURER Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag C.H. Beck, München 2009, s. 285-286.

¹³ MAURER, s. 286, bkz aynı yönde DETTERBECK, s. 228.

¹⁴ SODAN Helge, ZIEKOW Jan, Grundkurs Öffentliches Recht, Verlag C.H. Beck, München 2007, s. 547, Maurer’in ifadesiyle, 49. maddede kaynak olarak hukuka uygun işlemin, kendine dayanak olan ilişkideki değişiklik ya da varlığındaki menfaatin ortadan kalkması halinde, ortadan kaldırılması söz konusudur. s. 285.

¹⁵ DETTERBECK, s. 230.

su olmaktadır. Bu işlemlerin tipik örneği, imar izni verilmesidir. Bu izin inşaat sahibi açısından yarar sağlarken, komşular bakımından bir katlanma yükümü doğurmaktadır. Üçüncü kişiler bakımından yükümlendirici nitelik taşıyan ancak ilgilisi bakımından yararlandırıcı hukuki işlemlerin hükümsüz kılınması, yararlandırıcı idari işlemlerin ortadan kaldırılmasına ilişkin hükümlere tabi iken¹⁶, ilgilisi bakımından yükümlendirici olup üçüncü kişilere yarar sağlayan işlemler ise, ilgilisi bakımından yükümlendirici olması sebebiyle, yükümlendirici idari işlemlerin ortadan kaldırılmasına ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Yine üçüncü kişiler üzerinde etkili işlem sayılan bu son durumun tipik örneği şöyledir: A'ya ait garajın yıkılmasına yönelik işlem A bakımından yükümlendirici iken, eski manzarasına yeniden kavuşan komşu B için yararlandırıcı nitelikte idari işlemdir. Ayrıca idari işlemin yararlandırıcı ve yükümlendirici nitelikte olduğu saptanırken, daha yükümlendirici bir idari işlem için önceki idari işlemin hükümsüz kılınması söz konusu ise, yararlandırıcı idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin hükümler uygulanırken, daha yararlandırıcı bir idari işlem yapmak için bir idari işlemin ortadan kaldırılması halinde, yükümlendirici idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Başka bir ifade ile bu noktada, söz konusu değişikliğin “yararlandırıcı” ya da “yükümlendirici” etkisi dikkate alınmaktadır¹⁷.

III. ALMAN İDARİ USUL KANUNU M. 48 UYARINCA “HUKUKA AYKIRI” İDARİ İŞLEMİN HÜKÜMSÜZ KILINMASI

Başkaca özel bir hüküm bulunmadığı takdirde, hukuka aykırı idari işlemin idare tarafından hükümsüz kılınması Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. maddesinde düzenlenmektedir. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken, hukuka aykırı idari işlemin ortadan kaldırılmasına ilişkin sürecin kendi başına bir idari usul süreci, ortadan kaldırmaya ilişkin kararın da müstakil bir idari işlem olduğudur¹⁸.

A. “HUKUKA AYKIRI YÜKÜMLENDİRİCİ” İDARİ İŞLEMİN HÜKÜMSÜZ KILINMASI

Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca, hukuka aykırı yükümlendirici idari işlem, iptal edilemez hale geldiğinde de, her zaman için, “kısmen” ya da “tamamen”, “geçmiş” ya da

¹⁶ WOLFF-DECKER, s. 756, DETTERBECK, s. 230–231.

¹⁷ MAURER, s.288, DETTERBECK, s. 230.

¹⁸ SODAN-ZIEKOW, s. 548.

“geleceğe” etkili olarak hükümsüz kılınabilir. Hükümsüz kılınma(işlemi hükümsüz kılıp kılmama), idarenin takdirinde yer almaktadır, başka bir ifade ile ilgisinin idari işlemin hükümsüz kılınması konusunda bir hakkı bulunmamakta, yalnızca ortadan kaldırma konusunda takdir yetkisinin hatasız kullanılması noktasında bir hakkı bulunmaktadır¹⁹. Hukuka aykırı yükümlendirici idari işlemin hükümsüz kılınması, ilgili bakımından “yararlandırıcı” nitelikte olduğu için, bu noktada güvenin korunması(Vertrauensschutz) gündeme gelmez. Ancak idare, işlemin hükümsüz kılınması noktasındaki takdir yetkisini kullanırken hukuki güvenlik, idari işlemin varlığını devam ettirmesi ve somut olay adaleti arasında denge gözetmek durumundadır²⁰.

Anılan sistematik Türk Hukuk sistemi ile mukayese edildiğinde, “hak yaratmama” durumu nedeniyle hukuka aykırı yükümlendirici işlemin her zaman²¹ “geri alınması” mümkündür ve bu konuda tereddüt bulunmamaktadır²². Geri almada hukuki işlem, yapıldığı andan itibaren tüm hukuki sonuçları ile birlikte ortadan kalkmaktadır²³. Alman hukuk sisteminde hükümsüz kılma, Türk hukuk sisteminde geri almada olduğu gibi, ayrı bir idari işlem ile gerçekleşmektedir. Ancak dikkat çeken fark, Türk hukuk sistemi açısından hukuka aykırı idari işlemin geri alınması, “geriye” etkili iken, Alman hukukunda hukuka aykırı yükümlendirici idari işlemin hükümsüz kılınması “geriye” ya da “ileri” etkili olabilecektir. Türk İdare hukuku sisteminde, “kaldırma”da idari işlemin varlığına ileri yönelik olarak, başka bir idari işlem ile son verilmektedir. Alman hukuku açısından hukuka aykırı yükümlendirici idari işlem, 48. madde uyarınca “ileriye” yönelik hükümsüz kılınabildiği gibi, Türk hukuk sistemi uyarınca da, hukuka aykırı bir idari işlem “kaldırma” ile ileriye yöne-

¹⁹ WOLFF-DECKER, s. 757. Ancak idari işlemin henüz kesinleşmemiş olduğu hallerde, ilgilinin bu hakkı daha kuvvetli iken, işlemin kesinleştiği hallerde bu kuvvetlilik sadece, idari işlemin varlığını devam ettirmesinin tamamen kabul edilemez olduğu hallerde söz konusudur. Böyle bir hal yoksa, ilgilinin bu noktada söz konusu hakkı sadece, işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin karara varılırken takdir yetkisinin hatasız kullanımına ilişkindir. Bkz DETTERBECK, s. 233.

²⁰ SODAN-ZIEKOW, s. 549.

²¹ “*Hak doğurmayan işlemlerin geri alınmaları süre koşulundan da bağımsız tutulmaktadır*” TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, A.Ü.S.B.F Yayını, Ankara 1970, s. 36.

²² ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan, Ankara 2009, s. 518. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa 2009, s. 411.

²³ Bu sonuçlar bazen geri alma ile birlikte gerçekleşebileceği gibi bazen, bu sonuçları kaldırmak için idarenin harekete geçmesi gerekmektedir. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara 2004, s.158. “*İdari işlemin geri alınması onun yapıldığı tarihten itibaren(ex tunc) hukuki hayattan silinmesi, çıkarılması demektir*”.TAN, s. 5.

lik yürürlükten kaldırılabilir²⁴. Kaldırma koşulları noktasında mevzuatta açık bir düzenleme olmamakla beraber, hukuka aykırı idari işlem kaldırma için gerekli koşulu oluşturmaktadır²⁵. Hak yaratmayan idari işlemler söz konusu olduğunda idare, her zaman bu işlemleri kaldırma yetkisine sahiptir²⁶. Kaldırılan hukuki işlem yerine yeni bir karar alınması suretiyle, “değiştirme” de Türk İdare Hukuku sistemi içinde hukuka aykırı idari işlem için söz konusu olabilecektir. Değiştirme geleceğe etkili olduğu için, kaldırma hükümlerine tabidir²⁷.

B. “HUKUKA AYKIRI YARARLANDIRICI” İDARİ İŞLEMİN “HÜKÜMSÜZ KILINMASI

Hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemin hükümsüz kılınması, daha sıkı koşullara bağlı olarak İdari Usul Kanunu'nun 48. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenmektedir. Madde uyarınca, hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemin ortadan kaldırılması, aynı maddenin 2-4. fıkralarında yer alan koşulların sağlanması halinde söz konusu olabilecektir. Hukuka aykırı olmakla beraber, yararlandırıcı idari işlemin ortadan kaldırılmasının daha sıkı koşullara bağlı olması, bu konuda idarenin hukuka uygun davranması ile hukuki güvenlik arasında denge sağlanması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır²⁸. Şimdi Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. maddesi altında hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemlerin hangi koşullar altında hükümsüz kılınabileceğine bakalım:

Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca daimi(örneğin belli dönemlerde ilgiliye yapılan ödemeler) ya da bir kerelik(tek seferlik yapılan ödemeler gibi) parasal edimler(paraya dönüştürebilir ödemeler) ya da kısımlara ayrılabilir edimleri(örneğin mal temini gibi) temin eden ya da bunların koşulu olan hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemler, iş-

²⁴ GÜNDAY, s. 165. Değiştirmede ise, idari işlem geleceğe yönelik olarak hükümsüz kılınmakla kalmamakta, yerine yeni bir idari işlem yapılmaktadır. Hukuka aykırı idari işlem bakımından, Türk İdare Hukuku sistemi bağlamında, “değiştirme” de söz konusu olabilecektir. Aynı yönde bkz GÖZÜBÜYÜK A. Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan, Ankara, 2008, s. 529., “*Dolayısıyla geri alma ile kaldırma arasındaki temel fark birinin sonuçlarının geriye yürür olması ötekinin ise geleceğe için hüküm ifade etmesinden ortaya çıkmaktadır*”. TAN, s. 7.

²⁵ GÜNDAY, s.165.

²⁶ ATAY, s. 516.

²⁷ GÜNDAY, s. 165.

²⁸ WOLFF-DECKER, s. 757.

lemin muhatabının söz konusu işlemin varlığına güvenmesi ve değerlendirme yapıldığında işlemin yararlananının menfaatinin, işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin kamusal yarardan fazla korunmaya değer(schützwürdig) olması halinde, bu idari işlemin hüküm kılınması söz konusu olamaz. Aynı fıkra uyarınca, kural olarak(in der Regel)ilgilinin yapılan harcamalardan dönmesinin mümkün olmadığı ya da dönmenin ondan beklenemeyecek derecede dezavantajlar getirmesi koşullarının kümülatif yani birlikte gerçekleşmesi halinde, ilgilinin menfaatinin korunmaya değer olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada, ilgilinin güveni konusunda sorun yaşanmazken, hükümsüz kılınma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit noktasında belirleyici olan, idari işlemin varlığını korumaya devam etmesinde kamusal yararı aşan “korunmaya değer(schützwürdig)” bir bireysel menfaat olup olmadığıdır. Bireysel ve kamusal menfaat arasında anılan değerlendirme yapılırken, örneğin idari işlemin yapılışından itibaren geçen süre önemli olacaktır, bu sürenin uzaması ilgilinin güveninin korunması gerekliliğini artıracaktır. Ya da kesin malvarlığı zararı gibi kriterler hükümsüz kılınma koşullarının oluşup oluşmadığı konusunda belirleyici olacaktır²⁹. Yararlanan kimsenin yapılan ödemeye güvenerek harcamaya yaptığı hallerde(örneğin yaşam standartlarının yükseltilmesi harcaması) ya da bu ödemeye dayalı malvarlığı eksilmesi olması halinde(söz konusu idari işleme dayanılarak yapılan ve malvarlığı üzerinde etki gösteren, -bir şey yapmama- gibi ilişkiler³⁰), kural olarak bireysel menfaatin kamusal menfaate oranla korunmaya değer olduğu kabul görmektedir³¹. Yapılan ödemelerin borç ödemesine kullanılması ya da alım-satım konu olması halinde, yargı yerleri tarafından korunabilir menfaatin olmadığı kabul edilmektedir³². 2. fıkrada sayılan koşulları sağlayamayan idari işlem, “geçmiş” ya da “geleceğe” etkili olarak hükümsüz kılınabilecektir.

Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. maddesinin 2. fıkrasında, yararlananın idari işlemin hukuki varlığını devam ettirmesinde yararının asla korunamayacağı üç durum kesin olarak sayılmıştır. Buna göre, söz konusu idari işlemin hile, tehdit ya da rüşvet altında yaptırılması, idari işlemin temelde doğru olmayan ya da eksik ilişkiler üzerine kurulması ve yararlananın hukuka

²⁹ WOLFF-DECKER, s. 758.

³⁰ PEINE, Franz Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, C.F. Müller Verlag, Frankfurt 2006, s. 219.

³¹ SODAN-ZIEKOW, s. 550.

³² BVerwG, DVBL, 1993, s. 947-948.

aykırılığı farketmesi ya da büyük bir dikkatsizlik sonucu farketmemesi hallerinde, yararlananın idari işlemin varlığını sürdürmesinde korunmaya değer menfaati söz konusu olamayacaktır. Ancak bu haller tahdidi değildir. Örneğin idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin talep, daha büyük bir yarar sağlamak amacı ile yapılmışsa, ilgilinin korunmaya değer menfaati söz konusu olamayacaktır³³. Anılan bu durumlarda idari işlem, kural olarak “geriye etkili” olarak hükümsüz kılınabilir.

Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. maddesinin 3. fıkrası uyarınca az önce değinilen 2. fıkrada sayılan türden olmayan idari işlemler, başkaca koşul aranmaksızın geçmişe ya da geleceğe etkili olarak hükümsüz kılınabilir. 3. fıkra uyarınca idare, 2. fıkrada yer alan istisnalardan sayılmayan yararlandırıcı ve hukuka aykırı bir idari işlemi hükümsüz kılması durumunda, talep halinde(auf Antrag) ilgilinin söz konusu idari işleme güvenmesi ve ilgilinin işlemden kaynaklı menfaatinin kamusal menfaat yanında korunmaya değer olması halinde, idarenin ilgilinin bu işleme güvenmekten kaynaklı zararlarının tazmini söz konusu olabilir³⁴. Ancak ödenecek miktar asla, idari işlem var olsaydı, ilgilinin söz konusu olabilecek finansal durumundan daha da iyi bir ekonomik durum yaratmaya yönelik olmamalıdır³⁵. Anılan fıkra uyarınca idari işlemin hile, tehdit ya da rüşvet altında yaptırılması, idari işlemin temelde doğru olmayan ya da eksik ilişkiler üzerine kurulması ve yararlananın hukuka aykırılığı farketmesi ya da büyük bir dikkatsizlik sonucu farketmemesi hallerinde, zararın tazmini söz konusu olmayacaktır. Anılan bu ödeme, “sui generis” nitelikte olup, idarenin sorumluluğu gibi diğer tazmin yöntemlerine başvurmaya engel değildir³⁶. Söz konusu ödeme, idare tarafından bu imkanın(zararın tazminine ilişkin) bulunduğuun ilgiliye bildirilmesinden başlamak üzere bir sene içinde kullanılabilir³⁷.

Hukuka aykırı yükümlendirici işlemin hükümsüz kılınması ilgilinin menfaatine olduğundan, her zaman söz konusu olabilir. Yararlandırıcı ve hukuka aykırı idari işlem(hem 2. fıkra hem 3. fıkra kapsamında hükümsüz kılınan idari işlemler) ise, hile, tehdit ya da rüşvet altında yapılma halleri haricinde, 48. maddenin 4. fıkrası uyarınca idarenin hükümsüz kılmayı haklı kılan

³³ PEINE, s. 220.

³⁴ Söz konusu zararın saptanması da bir idari işlem aracılığı ile olmaktadır.

³⁵ DETTERBECK, s. 240.

³⁶ PEINE, s. 222.

³⁷ Alman İdari Usul Kanunu m. 48/3.

sebebi öğrenmesinden itibaren 1 sene içinde hükümsüz kılınabilir. Sürenin başlama zamanı uygulamada en tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre söz konusu zaman, işlemdeki hukuka aykırılığın yansırı, idarenin bu konuda takdir yetkisini doğru olarak kullanabilmesi bakımından gerekli olan tüm koşulların öğrenilmesi ile başlayacaktır. Alman Federal İdare Mahkemesi de bu fikirdedir³⁸. Ancak bu anlayışın süreyi fazlaca uzatması, doktrinde eleştirilere sebep olmaktadır³⁹.

Hukuka aykırı idari işlemin hükümsüz kılınması, hem yararlandırıcı(2. fıkranın 1. cümlesi uyarınca, işlemin varlığını koruyup korumamasına karar verilirken bireysel ve toplumsal menfaatin değerlendirilmesinin gerekli olduğu hallerde de) hem de yükümlendirici işlemler bakımından idarenin takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Bu yetki, hem işlemi hükümsüz kılıp kılmama, hem de kılacaksa bunun ne şekilde olacağı ve hükümsüz kılmanın etkisinin geriye mi yoksa ileriye mi olacağını da kapsamaktadır⁴⁰. Ancak anılan yetki, idari işlemin hile, tehdit ya da rüşvet altında yaptırılması, idari işlemin temelde doğru olmayan ya da eksik ilişkiler üzerine kurulması ve yararlananın hukuka aykırılığı farketmesi ya da büyük bir dikkatsizlik sonucu fark etmemesi hallerinde sınırlıdır. Bu hallerde idari işlem, sadece “geriye etkili” olarak ortadan kaldırılabilir. Bunun dışındaki hallerde yetkili idari makam, takdir yetkisini kullanırken, işlemi “geriye” mi yoksa “ileriye” mi yönelik hükümsüz kıldığını belirtmelidir. Bu şekilde bir belirleme yoksa, hükümsüz kılınmanın “ileriye yönelik” olduğu kabul edilmektedir⁴¹.

Alman İdari Usul Kanunu’nun 48. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, kural olarak idari işlemi hükümsüz kılmaya, söz konusu idari işlemi yapan makam yetkilidir. Ancak işlem yetkisiz makam tarafından yapılmış ya da bu arada yetkili makam değişmiş ise, bu yetki konusal olarak aynı Kanununun 3. maddesi uyarınca “yer” bakımından yetkiye sahip idari makama aittir⁴².

Hukuka aykırı olsa da yararlandırıcı işlemin hükümsüz kılınması hem Türk hem de Alman hukuk sisteminde daha sıkı koşullara bağlanmaktadır. Çünkü bu durumda “idarenin hukuka uygun hareket etme gerekliliği” yanın-

³⁸ ZIEKOW, s. 552., BVerwG, 70, 356. Ayrıca bkz DETTERBECK, s. 241.

³⁹ DETTERBECK, s. 241. Bkz MAURER, s. 300.

⁴⁰ WOLFF-DECKER, s. 763.

⁴¹ WOLFF-DECKER, s. 765.

⁴² WOLFF-DECKER, s. 764.

da, “hukuki güven” prensibinin de korunması gündeme gelmektedir. Türk hukuk sisteminde geri alma işleminde sebep unsuru olarak “daha önce alınmış hukuka aykırı” karar gösterilmekte iken, Alman hukukunda hukuka aykırı yararlandırıcı işlemin hükümsüz kılınması, bazı işlemler bakımından daha sıkı ve kanunda açıkça yer alan sebeplere bağlanmıştır. Türk İdare Hukuku sisteminde yararlandırıcı işlemin (ya da “hak doğuran”) geri alınmasına ilişkin yasal bir düzenleme olmasa da, anılan koşulların “hukuki güvenlik” ilkesinin gereği olarak katı olması gerektiği hem doktrin hem de yargı yerleri tarafından tartışmasız kabul görmektedir. Ayrıca geri alma sadece “geçmiş” etki yaratabilirken, Alman İdare hukuku sistemi içinde hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemi “geleceğe” etkili olarak hükümsüz kılmak mümkün görünmektedir. Dikkat çekici bir diğer fark, geri alma süresi Türk hukukunda tartışmalı, doktrin ve yargı yerleri tarafından belirlenmeye çalışılan bir nitelik arz ederken⁴³, Alman hukukunda bu süreler kanun tarafından açık bir biçimde düzenlenmektedir. Kanunda yer alan sürenin uygulanması noktasında tereddütler bulunsa da, bu tereddütler büyük ölçüde yargı yerleri tarafından çözümlenmiştir. Hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlem bakımından, Alman hukukuna benzer şekilde ileri yönelik hükümsüz kılma, “kaldırma” ile sağlanabilecektir. Kaldırmada hukuka uygun ya da aykırı idari işlem, geleceğe yönelik olarak hükümsüz kılınmaktadır⁴⁴. Hak yaratan birel işlemler için kaldırma yanısıra yeni bir işlem yapılmak suretiyle “değiştirme” yoluna gidilmesi de söz konusu olabilecektir⁴⁵.

⁴³ Hukuka aykırı idari işlemin geri alınması için doktrin ve yargı yerleri tarafından “makul süre”, “hak ve nesafet kurallarına uygun süre” gibi kavramlar ile geri alma süresi belirlenmeye çalışılırken, idari işlemin yargı yerince iptali ve geri almanın işlemi yapıldığı andan itibaren hükümsüz kılma sonucu sebebiyle benzerlik taşıması gerektiği ve geri almanın da dava açma süresi içinde olması gereği de ileri sürülmektedir. Bkz GÜNDAY, s. 162; GÖZLER, s. 404, 411. “Ancak, lehlerine belirli hukuki durumlar yaratılmış olan kişilerin bunların korunmasında olan meşru yararlarının sınırsız bir şekilde tartışma konusu yapılması da hukukun başlıca amacı olan ilişkilerde güven ve istikrar esasları ile bağdaşmaz. Dolayısıyla idari işlemin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı prensibi hukuka aykırı da olsalar aleyhlerine yargısal başvurma süresi geçirilmiş olan işlemlerin ilgililer lehine yarattıkları durumların korunmasını gerektirir”. TAN, s. 73.

⁴⁴ Atay’a göre, hak doğuran birel işlemler hukuka aykırılık taşımakta ise, bunların kaldırılması, iptal davası süresi içinde söz konusu olabilecektir. s. 517., GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 536.

⁴⁵ GÜNDAY, s. 165. “Sonuç olarak idare, düzenleyici işlemler ile hak yaratıcı olmayan bireysel işlemleri her zaman ilga edebilir. Hak yaratıcı bireysel işlemleri ise idare ancak hukuka aykırı iseler dava açma süresi içinde ilga edebilir”. GÖZLER, s. 404.

V. ALMAN İDARİ USUL KANUNU M. 49 UYARINCA “HUKUKA UYGUN” İDARİ İŞLEMİN HÜKÜMSÜZ KILINMASI

Hukuka uygun idari işlemin hükümsüz kılınması bu işlemin “yararlandırıcı” ya da “yükümlendirici” olması dikkate alınmak suretiyle, Alman İdari Usul Kanunu’nun 49. maddesinde “widerruf” başlığı altında düzenlenmiştir⁴⁶.

A. “HUKUKA UYGUN YÜKÜMLENDİRİCİ” İDARİ İŞLEMİN HÜKÜMSÜZ KILINMASI

Alman İdari Usul Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, hukuka uygun yükümlendirici idari işlem, aynı içerikte yeniden yapılma yükümü olmadığı ya da başka sebeplerle(bu sebepler yasanın amacı, temel hukuk ilkeleri ya da idari işlemin doğasından kaynaklanabilir⁴⁷) hükümsüz kılınmanın mümkün olmaması halleri haricinde, gerek kesinleşmeden önce gerekse sonrasında, tamamen ya da kısmen hükümsüz kılınabilir. Buradaki hükümsüz kılınma durumu, hukuka aykırı yükümlendirici işlem ile farklı şekilde “ileriye yönelik” olmakla beraber, hükümsüz kılınıp kılınmama hukuka aykırı idari işlemde olduğu gibi idarenin takdir yetkisi içinde yer almaktadır. Hukuka uygun yükümlendirici idari işlemin hükümsüz kılınması özellikle, devam eden etkili idari işlemin yapılmasından sonra ortaya çıkan ve idari işlemin bu şekilde yapılmasının artık mümkün olamayacağı, ancak işlemin yapılması sırasında hukuka uygun olması sebebiyle, hukuka uygun kalmaya devam ettiği idari işlemler için söz konusu olmaktadır⁴⁸. Hukuka uygun yükümlendirici işlemin hükümsüz kılınması herhangi bir süreye bağlanmamıştır.

B. “HUKUKA UYGUN YARARLANDIRICI” İDARİ İŞLEMİN HÜKÜMSÜZ KILINMASI

Alman İdari Usul Kanunu’nun 49. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hukuka uygun yararlandırıcı idari işlem, maddede sayılan beş durumun gerçekleşmesi halinde, kesinleşmesinden önce ya da sonra kısmen ya da tamamen,

⁴⁶ Yerleşik anlayışa göre 48. maddedeki koşullara uymak koşuluyla, 49. maddenin hukuka aykırı idari işlemlerin hükümsüz kılınmasında da uygulanabileceği, 48. maddenin hukuka aykırı idari işlemin hükümsüz kılınma şansını artırmayı amaçladığı ifade edilmektedir. Buna göre, hukuka uygun bir idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin bu durum, hukuka aykırı idari işlemler bakımından evleviyetle uygulanabilecek niteliktedir. SODAN-ZIEKOW, s. 554, WOLFF, s. 772.

⁴⁷ WOLFF-DECKER, s. 773., PEINE, s. 225.

⁴⁸ DETTERBECK, s. 242.

“geleceğe etkili” olarak hükümsüz kılınabilecektir. Bu sebeplere değinmeden önce burada da bir kez daha vurgulanması gereken temel sorun, hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemin hükümsüz kılınmasında olduğu gibi, ilgilinin işlemin var olmaya devam etmesindeki menfaati ve idarenin hukuka uygun davranma yükümü arasında dengenin sağlanmasıdır. Maddede sayılan koşullar kesin nitelikli(yalnızca bu koşulların varlığı kabul edilebilir) olup, idari işlemleri hükümsüz kılıp kılmamak idarenin takdir yetkisi içinde yer almaktadır.

Şimdi 2. fıkrada kesin olarak sayılan hükümsüz kılınabilme koşullarına bakalım⁴⁹:

1. Hükümsüz kılınmanın mevzuat ya da idari işlem tarafından öngörülmesi durumu. Ancak Detterbeck'in dikkat çektiği üzere, sadece böyle bir ifadenin(hükümsüz kılınabilmeye ilişkin) varlığı hükümsüz kılma için yeterli olmamaktadır. Hükümsüz kılınabilme koşulunu gerçekleştirdiğinden bahsedebilmek için idari işlem ve hükümsüz kılma koşulunun anlam ve amacı arasında uyum olmalıdır⁵⁰.
2. İdari işlemin bir koşula bağlı olması ve yararlananın bu koşulu hiç ya da söz konusu yasal süre içinde yerine getirmemesi durumu.
3. İdarenin daha sonra ortaya çıkan bir durum sebebi ile idari işlemi yapmama konusunda yetkili olması ve bu hükümsüz kılınmanın yapılmaması halinde kamu yararının bu durumdan zarar görmesi durumu. Burada kamu yararı içinde sayılacak haller hukuki menfaatler yanısıra maddi ya da diğer menfaatler de olabilir⁵¹. Söz konusu koşulun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, söz konusu işlemin varlığı sebebiyle, kamu yararının somut anlamda tehlikede olması aranmaktadır⁵².
4. İdari işlemin ilgilisi, söz konusu idari işlemin yararlandırıcı etkisini henüz kullanmamış olması ya da bu işleme dayalı bir edim eline geçmemişse, mevzuatta yapılan değişikliğin idari işlemin yapılmasına izin vermediği ve hükümsüz kılınmanın yapılmamasının kamu yararına zarar verme olasılığı olan hallerde, idarenin işlemi hükümsüz kılma yetkisi bulunmaktadır.

⁴⁹ Alman İdari Usul Kanunu m. 49/2.

⁵⁰ DETTERBECK, s. 243.

⁵¹ DETTERBECK, s. 244.

⁵² PEINE, s. 227.

5. Kamunun menfaatine gelecek ağır dezavantajların ortaya çıkmasına engel olma ya da söz konusu dezavantajların yok edilmesi amacıyla, idari işlem hükümsüz kılınabilir.

Alman İdari Usul Kanunu'nun 49. maddesinin 3. fıkrası, idari işlemler bakımından ikinci bir hükümsüz kılınabilme ihtimali daha öngörmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, belli bir amacı gerçekleştirmeye yönelen ya da bunun koşulu olan ve bir kerelik ya da daimi ödeme ya da bölünebilen edimlere ilişkin hukuka uygun idari işlemler, kesinleşmelerinden önce ya da sonra kısmen ya da tamamen, geçmişe ya da geleceğe etkili olarak hükümsüz kılınabilir. Ancak bunu için, söz konusu edimin, amaç için kullanılmamış olması ya da idari işlemin bir koşula bağlandığı hallerde bu koşulun ilgili tarafından hiç ya da yasal süresi içinde ifa edilmemiş olması gerekmektedir. Anılan koşullar altında da, hükümsüz kılınma idarenin takdir yetkisi içinde yer almaktadır⁵³.

Alman İdari Usul Kanunu'nun gerek 49. maddenin 2 fıkrası ve gerekse 3. fıkrasındaki koşulların söz konusu olması halinde, Kanun'un açık atfı karşısında söz konusu idari işlem, idarenin hükümsüz kılmayı haklı kılan sebebi öğrenmesinden itibaren bir sene içinde hükümsüz kılınabilir.

İdari Usul Kanunu'nun 49. maddesinin 4. fıkrası uyarınca hükümsüz kılınan hukuka uygun idari işlem, idarece başkaca bir belirleme yapılmadığı sürece, idari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin işlem ile birlikte, etkisiz hale gelmektedir⁵⁴. Kural olarak hükümsüz kılma noktasında idari işlemi yapan makam yetkilidir⁵⁵.

Alman İdari Usul Kanunu'nun 6. fıkrası uyarınca, aynı maddenin 2. fıkrasının 3 ila 5. bendi arasında düzenlenen hallerde (İdarenin daha sonra ortaya çıkan bir durum sebebi ile idari işlemi yapmama konusunda yetkili olması ve bu hükümsüz kılınmanın yapılmaması halinde kamu yararının bu durumdan zarar görmesi durumu; idari işlemin ilgisinin söz konusu idari işlemin yararlandırıcı etkisini henüz kullanmamış olması ya da ilgilinin işleme dayanan bir edim almamış olması halinde, mevzuatta yapılan değişikliğin

⁵³ SODAN-ZIEKOW, s. 557.

⁵⁴ İdari işlemin hükümsüz kılınmasına ilişkin işlem, -hem 48. hem de 49. madde anlamında müstakil bir idari işlemdir.

⁵⁵ Ancak geçen sürede yetki kuralında değişme olmuşsa ya da işlem yetkili olmayan makam tarafından yapılmışsa, hükümsüz kılma konusunda artık bu makamlar değil, konu açısından ve İdari Usul Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca yer ağıdan yetkili makamlar karar verebileceklerdir. WOLFF-DECKER, s. 779.

idari işlemin yapılmasına izin vermediği ve hükümsüz kılmamanın kamu yararına zarar verme olasılığı olan hallerde; kamunun menfaatine gelecek ağır dezavantajların ortaya çıkmasına engel olma ya da söz konusu dezavantajların yok edilmesi amacıyla), talep üzerine ilgiliye, hükümsüz kılınmadan muzdarip olması durumunda, yani güveninin korunmaya değer olması koşuluyla, idari işlemin varlığına güvenmesi sebebiyle ortaya çıkan zararların ödenmesi söz konusu olabilir. Zararın tazmini noktasında çıkan uyuşmazlıklar konusunda söz konusu fıkra uyarınca, adli yargı görevlidir. Bu talebin yapılabileceği süre, aynı fıkranın 48. maddeye atfı karşısında, idare tarafından söz konusu hakkın varlığına işaret edilmesinden itibaren bir yıldır.

Türk hukuk sistemi içinde hukuka uygun idari işlem açısından, geri alma söz konusu olamayacaktır⁵⁶. Türk İdare Hukuku sistemi içinde, hukuka uygun idari işlem bakımından uygulanması akla gelen bir hükümsüz kılma şekli, ileriye yönelik sonuç doğuran “kaldırma”dır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken, hukuka uygun idari işlemlerin kaldırılması konusunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre hukuka uygun idari işlemler ancak kanunda öngörülen şartların varlığı halinde ve bunlara uymak suretiyle kaldırılabilir⁵⁷. Bazı yazarlar ise, hukuka uygun idari işlemin kaldırmaya konu olmayacağı fikrindedir⁵⁸. Kaldırılan işlemin yerine yeni bir idari işlem yapılması suretiyle, “değiştirme” de Türk İdare Hukuku sistemi içinde mümkün görünmektedir⁵⁹.

V. HÜKÜMSÜZ KILMANIN MADDİ SONUÇLARI

Alman İdari Usul Kanunu'nun 49a maddesi idari işlemin hükümsüz kılınması halinde, idarece yapılan ödemelerin akıbetine ilişkin düzenleme getirmektedir. Söz konusu madde, ilgililerin idareye değil, idarenin ilgililere karşı ödeme taleplerini düzenlemektedir⁶⁰. Maddenin 1. fıkrası uyarınca, idari işlemin “geriye etkili” olarak hükümsüz kılınması hallerinde, yapılan ödemelerin

⁵⁶ “Başka bir deyişle ile geri alma hukuka aykırı bir işlemin geriye yürür şekilde düzeltilmesini.....” TAN, s. 5.

⁵⁷ GÜNDAY, s. 165, ATAY, s. 517.

⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 528. Aynı yönde bkz GÖZLER, s. 404. Ayrıca bkz. TAN, s. 40. “... hukuka uygun hak doğurmayan işlemler kaldırma, hak doğuranlar ise karşı işlem(acte-contraire)yolu ile sona ermektedirler”.

⁵⁹ GÜNDAY, s. 165.

⁶⁰ Bkz DETTERBECK, s. 247. İlgililerin hükümsüz kılınan idari işlem dolayısıyla idareye yapmış oldukları ödemeler, kamu hukukuna ait tazmin şekilleri ve uğranılan zararın tazminine ilişkin davalar ile giderilebilecektir.

bir idari işlem ile tespit edilmek suretiyle, ilgiliden alınması söz konusudur. 2. fıkra uyarınca, geri ödeme konusunda, faize ilişkin hükümler hariç olmak üzere, Medeni Kanun'un "haksız zenginleşmenin iadesi"ne ilişkin hükümleri uygulanacaktır. İlgili, idari işlemin hükümsüzlüğüne sebep olan koşulları farketmiş ya da büyük bir ihmal sonucu farketmemişse, "geri ödeme talep edilemeyeceğine" ilişkin itiraz hakkı söz konusu olmayacaktır⁶¹. Bu noktada İdari Usul Kanunu'nun 50. maddesine de kısaca değinilmelidir. Söz konusu madde uyarınca, ilgilisi bakımından yararlandırıcı olan idari işlemlerde (örneğin imar izni), bu işlem tarafından yükümlendirici etki altına konan kimse (örneğin komşu) tarafından yargısal başvuru öncesi idari ya da yargısal başvuru yapılması halinde, idarenin 48. ve 49. maddedeki koşullara uymaksızın idari işlemi hükümsüz kılma hakkı bulunmaktadır. Ancak bunun için, üçüncü kişi tarafından yapılan başvurunun kabul edilebilir olması, devam eden hukuki başvuru süreci bulunması ve başvurunun dayanağa sahip olması gerekmektedir. İdareye bu şekilde bir imkan verilmek suretiyle, idarenin diğer başvuruların sonuçlarını bekleme gerekliliği ortadan kaldırılarak, usul ekonomisi sağlanmaktadır⁶². Anılan durumda güvenin korunması (Vertrauensschutz) gerekliliği ile bir çatışma da söz konusu değildir, çünkü işleme karşı itirazda bulunulmuş olduğu hallerde, yararlanan kimsenin işlemin varlığının korunmasını bekleme şeklinde korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır⁶³.

VI. ALMAN İDARİ USUL KANUNU M. 51

Alman İdari Usul Kanunu'nun 51. maddesinin 1. fıkrası uyarınca idare, ilgilinin başvurusu üzerine, idari işleme dayanak olan hukuki ya da maddi durumların sonradan ilgili lehine değişmesi, ilgili lehine alınabilecek bir karara imkan verecek ispat vasıtalarının olması halinde, ya da Medeni Usul Kanunu'nun 580. maddesinde⁶⁴ yer alan koşulların var olması halinde, kesinleşmiş idari işlemin hükümsüz kılınması ya da değiştirilmesine karar verebilir.

⁶¹ OVG Münster, NVwZ-RR, 2004, 317. 49a maddenin 3. ve 4. fıkraları faiz konusunda detaylı düzenleme getirmektedir.

⁶² MAURER, s. 326.

⁶³ SODAN-ZIEKOW, s. 558. Alman İdari Usul hukukunda hükümsüz kılıp kılmama idarenin takdir yetkisi içinde kabul edilmektedir. "Bu şekilde kişisel işlemlerin hukuka aykırılıkları halinde idare tarafından geri alınmalarının bir zorunluluk olmasına paralel olarak düzenleyici işlemler konusunda da idarenin işlemi uygulamama, başka bir deyimle somutlaştırmaktan çekinme zorunluluğunun olduğu kabul edilmektedir". TAN, s.109.

⁶⁴ Anılan maddede ağır nitelikli usul hataları ya da maddi duruma ilişkin eksiklikler söz konusudur.

Burada yapılan idari işlemin kesinleşmesinden sonra, değiştirilmesi ya da hükümsüz kılınmasına ilişkin bir sürece imkan tanınmasıdır. Şimdiye dek ele aldığımız kapsamda, idari işlemin hükümsüz kılınması idarece resen yapılabileceği gibi ilgilinin başvurusu üzerine de olabilir. İşte ilgili, idari işlemin 48. ya da 49. madde bağlamında hükümsüz kılınmasını talep ettiğinde aynı zamanda 51. madde anlamında bir talepte bulunmuş olmaktadır. İdare kendiliğinde harekete geçtiğinde 51. maddede yer alan usulü zımnen kendi iç işleyişinde yerine getirmektedir⁶⁵. 51. madde anlamında bir başvuru olduğunda inceleme, başvurunun kabul edilebilirliği(kesinleşmiş bir idari işlem olup olmadığı⁶⁶, başvuru süresi, ilgilinin daha önceki aşamalarda büyük hatası sonucu yeniden incelemeyi gerekli kılan sebepleri ileri sürmemiş olmaması) başvuruyu haklı kılan 51. maddede sayılan koşulların oluşup oluşmadığı(dilekçenin dayanağa sahip olması) ve gereken kararın alınması(değiştirme, hükümsüz kılma, işlemin varlığını koruması) şeklinde üç aşamada gerçekleşecektir⁶⁷. İdare söz konusu işlemin hükümsüz kılınmasının gerekli olduğuna karar verirse, Alman İdari Usul Kanunu'nun 48. ve 49. maddelerindeki kurallara uyararak, idari işlemi hükümsüz kılacaktır ya da işlemde değişiklik yapacaktır. Bu noktada idare yeniden inceleme sürecini başlatıp başlatmama (başvuruyu mümkün ya da dayanağa sahip kabul edip etmeme⁶⁸) ya da maddi duruma ilişkin yani bir karar alma alıp almama noktasında takdir yetkisine sahiptir⁶⁹. İdarenin dilekçeyi ve talebi kabul edilebilir bulması halinde alınacak yeni kararın, dilekçe sahibinin durumunu daha dezavantajlı hale getirmemesi gerekmektedir⁷⁰. Söz konusu başvuruyu yapmak için, 51. maddenin 3. fıkrası uyarınca, ilgilisinin 51. madde kapsamındaki sebeplerin var olduğunu öğrenmesinden itibaren üç ay içinde idereden talepte bulunması gerekmektedir. 51. maddenin 5. fıkrası özel bir düzenlemeye yer vermektedir. Anılan fıkra uyarınca idare ajanı, 51. maddenin 1. fıkrasında yer alan ve “yeniden incelemeyi” gerekli kılan sebepler olmasa da, 48 ve 49. maddelerin 1. fıkralarında yer alan sebeplere dayanarak ve somut olay koşulları çerçevesinde, idari işlemin hükümsüz kılınmasına karar verebilecektir. Maddenin 4. fıkrası uyarınca, yeniden incelemeye ilişkin

⁶⁵ SCHWEICKARDT, s. 215.

⁶⁶ İdari işlem dava öncesi idari başvuru ya da dava başvurusuna ilişkin sürelerin geçirilmesi ile kesinleşmiş olmaktadır.

⁶⁷ PEINE, s. 235.

⁶⁸ Söz konusu kararlara karşı yargı yolu (Verpflichtungsklage yolu ile) açıktır.

⁶⁹ WOLFF-DECKER, s. 795.

⁷⁰ WOLFF-DECKER, s. 796.

taleplere, başka idari makamlar tarafından yapılmış idari işlemler söz konusu olsa da, İdari Usul Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca “yer” açısından yetkili olan idari makamlar cevap verecektir.

VII. SONUÇ

Alman İdare Hukukunda idari işlem yargı yerleri tarafından hükümsüz kılınabileceği gibi(WwGO m.113) yargı yoluna başvurmadan önce yapılan başvuru sürecinde idare tarafından(WwGO m. 68)⁷¹ da hükümsüz kılınabilir. İdari işlemin hükümsüz kılınma yollarından bir diğeri de İdari Usul Kanunu'nun 48. ve 49. maddelerine dayanılarak idari işlemin hükümsüz kılınmasıdır. Bu yönüde idarece resen başvurulabileceği gibi ilgililerin talepleri üzerine de başvurulabilir. Kanundaki düzenlemelerde dikkat çekici olan, işlemin hükümsüz kılınma şartlarının işlemin “hukuka uygun” ya da “hukuka aykırı” olması yanında, “yararlandırıcı” ya da “yükümlendirici” olmasına göre belirlenmesidir. Yararlandırıcı işlemin hükümsüz kılınması, “güvenin korunması(Vertrauensschutz)” prensibinin devreye girmesi sebebiyle, hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı yükümlendirici idari işlemler alanında, daha sıkı koşullara bağlanmıştır. Yararlandırıcı işlemin hükümsüz kılınması, hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı idari işlemler bağlamında aynı zamanda ilgililerin bu sebeple ortaya çıkan zararlarının tazmini olasılığını gündeme getirmektedir. İdari işlemin “geriye” yönelik olarak hükümsüz hale getirilmesi durumunda ise, idare tarafından yapılan ödemelerin iadesi gerekmektedir. İade, medeni hukuk hükümlerine tabi olacaktır. Hükümsüz kılınan idari işlem sebebiyle ilgili tarafından idareye yapılan ödemeler ise, kamu hukuku kuralları çerçevesinde talep edilebilecektir. Yasal düzenlemede dikkat çeken ve vurgulanması gereken bir diğer nokta, hükümsüz kılınma hallerinin (m. 48-49) hem idari işlem kesinleşmeden hem de kesinleştikten sonra uygulanabilecek olmasıdır. Ancak, 51. madde anlamında ilgililer tarafından yeniden inceleme yapılması istenen hallerde, ortada “kesinleşmiş” bir idari işlem bulunmaktadır ve anılan madde ile işleme ilişkin değerlendirme sürecinin yeniden açılmasına imkan sağlanmaktadır. Hükümsüz kılmaya ilişkin işlem, müstakil bir idari işlem olup, idari işleme ilişkin maddi ve şekli koşulları taşınması zorunlu iken, söz konusu süreç de müstakil bir idari usul sürecidir. İdari işlemin hükümsüz kılınması ya da kılınmaması da, idarenin takdir yetkisi içinde yer almaktadır. Alman İdare Hukuku sisteminde söz konusu olan

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz DETTERBECK, s. 227.

hükümsüz kılma yöntemlerini Türk hukuk sistemi ile karşılaştırdığımızda, ilk dikkati çeken fark hükümsüz kılma neden ve sonuçlarının büyük ölçüde yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olmasıdır. Türk hukuk sistemi içerisinde, özellikle “idari işlemin geri alınması” koşulları ve süresinde yaşanan sıkıntılar dikkate alındığında, benzer bir şekilde yasal düzenleme yapılması olumlu gelişmeler sağlayabilecek niteliktedir. Hükümsüz kılma sonuçları açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, “widerruf” ve “rüchnahme” ye ilişkin 48. ve 49. maddeler aracılığı ile elde edilen sonuçlara Türk hukuk sisteminde, “geri alma”, “kaldırma” ya da “değiştirme” ile varmak mümkün görünmektedir. Ancak hukuk sistemimizde bu kurumların uygulanıp uygulanamayacağı; uygulanacaksa söz konusu olacak sürelerle ilişkin yaşanan tartışma ve belirsizlikler dikkate alındığında, söz konusu müesseselerin yasal bir dayanağa bağlı kılınması idarenin işleyişinde düzenlilik ve belirlilik sağlamak yanında, idari işlemin muhatapları açısından da hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan, Ankara 2009.

DETTERBECK Steffen, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, Verlag C.H. BECK, München 2009.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara 2004.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa 2009.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Turhan, Ankara 2008.

MAURER Hartmut, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Verlag C.H. Beck, München 2009.

PEINE, Franz Joseph, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, C.F. Müller Verlag, Frankfurt 2006.

SCHWEICKARDT Rudolf, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1983.

SODAN Helge, ZIEKOW Jan, **Grundkurs Öffentliches Recht**, Verlag C.H. Beck, München 2007.

SUCKOW Horst-WEIDEMANN Holger, **Allgemeine Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsschutz**, Kohlhammer, Stuttgart 2008.

TAN Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, AÜSBF Yayını, Ankara 1970.

WOLFF Heinrich Amadeus-DECKER Andreas, **Verwaltungsgerichtsordnung und Verwaltungsverfahrensgesetz Studien Kommentar**, Verlag C.H. Beck, München 2007.

**KARAR İNCELEMELERİ /
DEĞERLENDİRMELER>>**

BOŞ

TERÖR ÖRGÜTÜNE YARDIMIN YASAKLANMASI BAĞLAMINDA ABD YÜKSEK MAHKEMESİNİN VE AİHM'NİN AYDIN-ALMANYA KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

Ömer Serdar ATABEY**
Ahmet ULUTAŞ***

ÖZET

Türkiye açısından, terörle mücadelede, uluslararası alanda en önemli sorunlardan biri PKK terör örgütüne yurtdışından destek ve yardımın devam etmesine imkân verilmesidir. Bu çerçevede, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiş olan 21 Haziran 2010 tarihli karar, ABD hukukunun konuya ilişkin pozisyonuna ışık tutmaktadır. İncelenen diğer karar olan 27 Ocak 2011 tarihli AİHM kararında ise, Almanya'da yasaklı örgütlerden olan PKK için düzenlenen imza kampanyası kapsamında hazırlanan bildiriye imza koyması nedeniyle Alman mahkemesince, başvuranın para cezasına mahkûm edilmesinin ifade hürriyetini ihlâl etmediği sonucuna varılmıştır. Terör örgütlerine her türlü desteğin yasaklanması anlayışında birleşen söz konusu kararlar, Türkiye'nin teröre karşı uluslararası işbirliği alanında sıkıntı yaşadığı başta Avrupa ülkeleri olmak üzere diğer ülkelere de, yaşanan sorunların aşılmasında önemli birer emsal teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: ABD Yüksek Mahkemesi, Terör örgütüne yardım, Almanya, PKK, AİHM.

THE EVALUATION OF DECISIONS OF SUPREME COURT OF US AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS FOR AYDIN V.GERMANY IN THE CONTEXT OF PROHIBITION OF ASSISTANCE TO THE TERRORIST ORGANISATION

ABSTRACT

For Turkey in the fight against terrorism one of the most important problems is the continuation of aid and support coming from abroad. In this context, judgment of US Supreme Court of 21 June 2010 highlights US legal point of view on this

* ABD Yüksek Mahkemesi Kararı metni için bkz.<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1498.pdf> ,Erişim:28.3.2011;AİHM kararı için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=68728784&skin=hudoc-pr-en&action=request> , Erişim:28.3.2011.

** Hukuk Müşaviri, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı,

*** Dr., Hukuk Müşaviri, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı,

subject matter. In the other judgment of ECHR of 27 January 2011 to be examined here, it is held that imposing a fine on those given a signature for signature campaign organized for PKK which is on banned organization list of Germany does not constitute a breach of freedom of expression. These judgments which are related to each other in respect of forbidding any support given to terrorist organizations, offer an significant example for foremost European countries and others with whom Turkey is experiencing problems in international cooperation against terrorism.

Key words: *Supreme Court of US, Backing terrorist organisation, Germany, PKK, European Court of Human Rights.*

Giriş

Günümüz anlayışına göre, terör terimi, toplumda belirli bir iktidarı veya amacı, baskı, korku, yılgınlık yaratarak elde etmek için, sürekli şiddet hareketlerinin kullanılması olarak tanımlanabilir. Terörizm kavramı ise, insan gruplarını bir anda dehşete düşürme stratejisinden ibaret olan terör eylemlerinin belirli bir plana göre sistematik biçimde uygulanmasıdır.¹

Terörün uluslararası boyutları gözönüne alındığında, terörle mücadelede başarının belki de en önemli araçlarından birisinin, etkin bir uluslararası işbirliği olduğu rahatlıkla söylenebilir. Baş döndüren teknolojik gelişmeler ve yaygın iletişim ağlarıyla birbirine bağlanan ve ulusal sınırların aşıldığı küreselleşmiş dünyada, terörün içeriye bakan yönünün yanı sıra, dış dinamiklerinin de, ülkeler tarafından büyük bir dikkatle takip edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, terörizm olgusuyla etkin uluslararası işbirliği için ihtiyaç duyulan hukukî zeminin oluşturulmasında, uluslararası örgütlerin inisiyatiflerinin yanı sıra, ulusal yargı organlarının da, bu alandaki hukukun yorumlanması ve üretilmesinde önemli roller üstlendiği örneklere gün geçtikçe daha çok tanık olunmaktadır.

¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.187; Esasen Terörizm, bir ideoloji değil, bir stratejidir. Siyasî müesseseler ne kadar mükemmel, sosyal düzen ne kadar adil ve insani olursa olsun, daima düzeni radikal olarak ve şiddetle değiştirmekten yana olan bir avuç insan bulunacaktır... Siyasal sistemi diğer meşru katılma yöntemleriyle etkileyemeyenler veya sistemi kabul etmeyen birey ve topluluklar, zaman zaman zora, terör eylemlerine yönelmekte ve bu yolla kendi istekleri doğrultusunda toplumsal, iktisadî ve siyasî değişimi sağlamaya çalışmaktadırlar. Çünkü terörizm, bir azınlığın dehşet yolu ile iradesini milli iradeye kabul ettirmek için başvurduğu bir vasıttır. Bkz. BEŞE, s.58-59.

ABD Yüksek Mahkemesi, çalışmamızda inceleme konusu yapılan ve 12 yıllık bir geçmişi olan bir davada verdiği -3'e karşı 6 oyla kabul edilen- 21 Haziran 2010 tarihli kararlar, "Terör Örgütlerine Maddi Destek Yasası," 2339B uyarınca², terör örgütlerine dört tür yardım yasağının (*eğitim, uzman tavsiyesi veya yardımı, hizmet ve personel temini*) Anayasaya uygunluğunu, PKK terör örgütüyle ilişkili olarak onaylamıştır.

İnceleme konusu yapılan diğer karar olan ve Aydın-Almanya'ya karşı başvurusuna ilişkin olarak verilen 27 Ocak 2011 tarihli AİHM kararında ise, Almanya'da yasaklı örgütlerden olan PKK için düzenlenen imza kampanyası kapsamında hazırlanan bildiriye imza koyması nedeniyle, Alman mahkemesince, başvuranın para cezasına mahkûm edilmesinin, ifade hürriyetini ihlâl etmediği sonucuna varılmıştır.

I. ABD Yüksek Mahkemesi Kararı

Olaylar:

İki ABD vatandaşıyla İnsani Hukuk Projesi (*the Humanitarian Law Project*) adlı bir sivil toplum örgütü bu davada, "Terör Örgütlerine Maddi Destek Yasası," 2339B'nin, terör örgütlerine yardım veya kaynak sağlama yasağına ilişkin düzenlemesinin kabul edilemez ölçüde muğlak olduğunu, bu durumun ifade ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin anayasal düzenlemelere aykırılık teşkil ettiğini iddia etmişlerdir.

Davacılar "2339B Yasasının" kendilerini, PKK üyelerine, sorunlarını barışçıl yollardan çözümünde uluslararası hukuku kullanmaları ve BM ile diğer uluslararası örgütlere yardım amaçlı başvurularını hususlarında eğitim vermektten ve Türkiye'de yaşayan Kürtlerin siyasî savunuculuğunu üstlenmekten, bir soruşturmaya maruz kalmak endişesiyle alıkoyduğunu ve engellediğini beyan etmişlerdir.

Bu sivil toplum örgütü, ABD Dışişleri Bakanlığının PKK'yı yabancı terör örgütü listesine aldığı 1997 yılına kadar PKK üyelerine destek sağlamış, ardından bu faaliyetlerine ara vermiştir. "İnsani Hukuk Projesi" örgütünün başkanı olan emekli hâkim Ralph Fertig, 1998 yılında Federal Mahkemeye başvurarak söz konusu yasanın anayasaya aykırılığı iddiasında bulunmuştur.

² 18 U.S.C. § 2339B : US Code - Section 2339B: "Terör Örgütlerine Maddi Destek veya Kaynak Sağlama Yasası"(Providing Material Support or Resources to Designated Foreign Terrorist Organizations).

Karar: Federal Mahkeme, davacıların PKK'ya sağladıkları söz konusu yardım ve kaynakların, "2339B Yasası" kapsamına girdiğini ve yasak faaliyetlerden olduğunu onaylamıştır.

Kararın Hukuki Esası: 23 Şubat 2010 tarihinde Yüksek Mahkemeye taşınan bu davada, Yüksek Mahkeme 21 Haziran 2010 tarihli kararıyla davacıların Anayasaya aykırılık iddiasını yerinde bulmamış ve kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir:

-Kanun bilerek terör örgütüne yardım etmeyi suç olarak öngörmüştür, genel bir kastın dışında ayrıca özel bir kast aranmamaktadır. Yardım sağlayan kişi veya grupların, bu örgütün terör ile bağlantılarını bilmeleri yeterlidir, ayrıca terör eylemleri hakkında bilgi sahibi olmaları aranmamaktadır.

-Diğer yandan, 2339B Yasası uyarınca, davacılar istedikleri her konuda her şeyi ifade edebilirler. PKK, Türkiye, insan hakları ve BM hakkında özgürce konuşabilir ve yazabilirler. BM'de onları savunabilirler. Bu yasa bağımsız bir savunuyu veya ifadeyi yasaklamamaktadır. Sadece terör örgütü olduğu bilinen yabancı örgütlerin kontrolü veya yönetiminde, onlarla işbirliği halinde gerçekleşen eylemler yasaklanmakta ve cezalandırılmaktadır. Terör örgütünün amaç ve hedeflerinden tamamen bağımsız hareket eden bireyler yabancı terör örgütlerinin güdümünde ve kontrolünde sayılamazlar.

PKK üyeleri ile yapılan konuşma ve görüşmeler, özel bir becerinin veya bir uzmanlık bilgisinin aktarılması ve öğretilmesi (uluslararası hukuk alanında eğitim vermek veya BM'ye başvuru imkânları hakkında tavsiyede bulunmak) şeklinde ise bu yasak söz konusu olacaktır.

-Davacılar PKK örgütünün yasal hedef ve faaliyetlerine destek verdiklerini iddia etmekte ise de, bir terör örgütünün yasal faaliyetlerine destek ile terörist faaliyetlerine destek arasındaki ayrımın ne şekilde yapıldığı ve gerçekleşeceği deneysel ve gözlenmesi gereken bir sorundur. Kongre bu yasayı çıkarırken, "terör örgütleri suç teşkil eden eylemleriyle o kadar kusurludur ki, bu örgüte herhangi bir katkı onların bu eylemlerini kolaylaştıracaktır" şeklinde bir değerlendirme yapmıştır. PKK'nın cinayet işleyen bir örgüt olduğu bilinmektedir ve onun bu şiddet eylemleri o denli kirlidir ki, onlarla işbirliği içinde olmak veya onların emrine girmek, onların terör yöntem ve araçlarını meşrulaştırmak ve geliştirmek anlamına gelecektir. Ayrıca, yasal ve barışçıl amaçlarla verilmiş olan bir destek de, bu terörün güçlenmesine çok değişik yollarla hizmet edebilecektir.

Geçmiş deneyimler göstermektedir ki, terör örgütleri sosyal, politik ve terörist operasyonları arasında organizasyonel duvarlar inşa etmedikleri gibi terörist saldırıları gerçekleştirmek için kullandıkları maddi kaynaklar ile insani faaliyetler için topladıkları maddi kaynaklar arasında da bir ayırım yapmamaktadırlar.

-Terör örgütlerine sağlanan herhangi bir yardım, terörle mücadelede uluslararası işbirliğini zayıflatmakta, aynı zamanda ABD'nin müttefikleriyle olan ilişkilerine de zarar vermektedir.

-Davacıların PKK üyelerini barışçıl çözüm yolları hususunda eğitmeleri, örgütün terörizmi güçlendirecek kapsamlı bir stratejiyi oluşturması için gerekli bilgi ve teknikle donatılması anlamına gelecektir. Örneğin, PKK, edineceği barışçıl müzakere yapma ve yürütme bilgi ve becerisini, kısa dönemdeki kayıplarını kapatmak için zaman kazanmak ve yeni saldırılar düzenlemek için kullanabilecektir. PKK'ya uluslararası örgütlere yardım amaçlı başvurmayı öğretmek ise, örgütün şiddet eylemlerinde kullanabileceği mali kaynakları bulmasına yardım edecektir. Bunun yanında, BM'ye başvurma yollarını öğrenmiş olan bir PKK gerçekten de, BM'yi kullanarak, Kuzey Irak'taki BM Mülteci Kampını terör faaliyetleri için bir üs olarak kullanmış, PKK kontrolüne giren bu kampı BM bir süre sonra kapatmak zorunda kalmıştır.

Karşı Oy: Bu çoğunluk kararına muhalif kalan hâkimler ise, somut olay bakımından yürütülen faaliyetlerin ABD Anayasasında tanınan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamına girdiğini, kanunda yer alan “material” kavramının “maddi” anlamının dışında, “çok önemli” anlamında ele alınmasının daha doğru olacağını ileri sürmüşlerdir.

II. AİHM'nin Aydın-Almanya Kararı

Benzer bir bakış açısına, Avrupa Konseyi hukuku bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Aydın-Almanya'ya karşı başvurusunda da verdiği kararında rastlanmaktadır. İnceleme konusu yapılan “*Aydın v. Almanya*” (Başvuru no. 16637/07) başvurusuna ilişkin olarak 27 Ocak 2011 tarihinde verilen Daire kararında AİHM, sonuç olarak oyçokluğuyla ifade hürriyetini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10'uncu maddesinin “ihlâl edilmediğine” hükmetmiştir.³

³ İfade hürriyeti konusunda AİHM bakış açısı hakkında ilave bilgi için Bkz. JACOBS, WHITE&OVEY, s.425 vd.

Olaylar: Başvuru konusu şikâyet, başvuranın PKK'yı destekleyen bir bildiriye imza atmasından dolayı mahkûm edilmesine ilişkindir. Başvuran, Aysel Aydın, 1972 doğumludur ve Wuppertal'da (Almanya) yaşayan bir Türk vatandaşıdır. Temmuz 2001 tarihinde, başvuran Dernekler Kanunu (*Vereinsgesetz*) uyarınca 1993'ten beri Almanya'da yasaklanmış olan PKK'yı destekleyen bir bildiriye imzalamıştır. PKK liderliği tarafından başlatılan bir kampanyanın parçası olan bildiri, Kürtlerin haklarının tanınması ve PKK faaliyetlerine ilişkin yasaklamamanın kaldırılması çağrısında bulunmuştur. Aynı zamanda bildiri, kendisini imzalayan kişilerin PKK üyesi olduklarını duyurmuştur. Bildiriye imzalayanlar da PKK üyeliğinin yasaklanması ve kovuşturulmasını kınayarak, bu yasaklamayı kabul etmediklerini açıklamaktadırlar ve bu duruşlarından kaynaklanacak tüm sorumluluğu üstleneceklerdir. Bayan Aydın, diğerleriyle birlikte imzaları bir araya getirmiş ve birkaç yüz adet imzalı bildiriye ihtiva eden iki zarfı Berlin savcısına teslim etmiştir. Başvuran ayrıca PKK'nın yasaklanmış alt organizasyonuna da bağışlarda bulunmuştur. Kampanya kapsamında Alman otoritelerine toplam 100.000 civarında bildiri sunulmuştur.

Temmuz 2003 tarihinde, Berlin Bölge Mahkemesi Bayan Aydın'ı bir derneğin faaliyetine ilişkin olarak konulan yasağa muhalefet suçundan 1.200-Euro para cezası ödemeye mahkûm etmiştir.

Mahkeme Kürtlere özgürlük ve kendi kaderini tayin hakkını talep etmenin ve PKK'nın yasaklanmasının sona ermesi çağrısı yapmanın onun ifade hürriyetine denk gelmesine karşın, Bayan Aydın'ın, bildiriye imzalayarak, kampanyada yer alarak ve PKK'nın alt organizasyonuna bağışlarda bulunarak yasağı hiçe saydığını kabul etmiştir.

Federal Mahkeme Ocak 2004 tarihinde, Bayan Aydın ve diğer kampanyacıların amaçlarının, yasağı kaldırma yetkisine sahip olan İçişleri Bakanlığına başvurmak yerine çok büyük sayıda bildiriye savcılık ofisine sunmaları vakiasının da gösterdiği üzere, yasaklamadan kaynaklanan cezai kovuşturmayı önlemek olduğu gerekçesiyle anılan kararı onamıştır.

Federal Anayasa Mahkemesi de 26 Eylül 2006 tarihli kararında, Bayan Aydın'ın anılan karara karşı yaptığı itirazı reddetmiştir. Her iki Federal Mahkeme de, Federal Yargıtay'ın 27 Mart 2003 tarihli pilot kararına atıfta bulunmuştur. Bu kararda ise, bir kişiyi, kişinin faaliyetinin derneğin yasaklanmış faaliyetine referans vermesi ve bu faaliyete yardım teşkil etmesi koşuluyla bir

derneğin yasaklanmasını ihlâl ettiğini kabul ettiği önceki içtihadı teyit edilmiştir. Mahkeme, bildirilerin sunulmasını, PKK faaliyetlerini desteklemeyi amaçlayan geniş çaplı bir kampanya kapsamında bulmuştur.

Şikâyetler ve Usul: AİHS'nin 10'uncu maddesine dayanan Bayan Aydın, bildiriye imza koyması nedeniyle mahkûm edilmesinin ifade hürriyetini ihlâl ettiği şikâyetinde bulunmuştur. AİHM'e Başvuru 16 Nisan 2007 tarihindedir. Karar 7'nci Daire tarafından verilmiştir.

AİHM'in Kararı:

Madde 10: AİHM, Bayan Aydın'ın "cezai mahkûmiyetinin belirli bir görüşünü açıklamasına dayalı olmadığını", iç hukuk mahkemelerinin de kabul ettiği gibi Kürt halkı için özgürlük ve self determinasyon talep etmek ve PKK'nın yasaklanmasının sonlandırılması çağrısında bulunmanın onun ifade hürriyetine denk geldiğini not eder.

Bununla beraber, Aydın'ın imzaladığı bildirinin PKK'nın gelecekteki faaliyetlerinin yasaklanmasına saygı göstermeme taahhüdü olarak anlaşılması gerektiğini gözönüne alır. Buna göre, AİHM'in görevi, Bayan Aydın'ın yasadışı bir örgüte destek vermekten mahkûmiyetinin 10'uncu madde uyarınca sahip olduğu ifade hürriyetini ihlâl edip etmediğinin incelenmesiyle sınırlıdır. Alman hükümeti tarafından, Bayan Aydın'ın mahkûmiyetinin ifade hürriyetine bir müdahale teşkil ettiğine itiraz edilmemiştir. Bu müdahalenin haklı olup olmadığı sorusuna gelince, AİHM, adı geçen mahkûmiyetinin 10'uncu maddenin amacına uygun olarak yasayla tanımlanmış olmasından ikna olmuştur.

İç hukukta, derneğe yönelik uygulanabilir yasaklamaya muhalefet eden kişiye cezai sorumluluk yükleyen Dernekler Kanununun ilgili hükümleri geniş yorumlanacak terimlerle kaleme alınmış olmasına karşın, Federal Mahkemenin (Federal Yargıtay) içtihadı, Bayan Aydın'ın eyleminin sonuçlarını öngörebilmesini sağlayacak ölçüde, yeterince kesindir. Mahkûmiyet, "kamu düzenini ve güvenliğini korumayı da amaçlamıştır ve böylece meşru gayeler gütmektedir".

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorusuna gelince, AİHM, taraftarlarının yasaklanmış organizasyonun faaliyetlerini sürdürmede fiili (*de facto*) olarak serbest olmaları halinde, PKK faaliyetlerinin yasaklanması kararının etkisiz kalacağını gözlemlemiştir. Taraflar arasında, yasaklama kararının gözden geçirilmeye konu olabileceği ve İçişleri Bakan-

lıgınca kaldırılabilceği hususu uyuşmazlık konusu değildir. Dolayısıyla, Bayan Aydın, cezai kovuşturma riski olmaksızın, bu Bakanlığa başvurmakta ve yasaklamanın kaldırılmasını talep etmede serbesttir.

İç hukuk mahkemeleri, PKK liderliği tarafından başlatılan daha büyük çapta bir kampanyanın parçası olarak yapıldığı hususunu ve Bayan Aydın'ın PKK'nın alt organizasyonlarından birine bağlıta bulunduğunu gözönüne alarak, bildiri içeriğini de baştan sona incelemişlerdir. Ayrıca, yüklenen yaptırım, takip edilen amaçla da orantısız görünmemektedir.

Bu açıklamaların ışığında AİHM, 10'uncu maddenin ihlâl edilmediğine hükmetmiştir.

Karşı Oy: Hâkim Kalaydjieva karara eklenmiş olan karşı oy görüşü açıklamıştır.”

Şeklindeki karar kapsamında AİHM nezdinde çok yeni tarihli bir kararlar karşılaştığımız bulunmaktayız. Avrupa ülkelerinin neredeyse tamamının Avrupa Konseyi üyesi oldukları hususu gözönüne alındığında, anılan kararın önemi daha iyi anlaşılabilir.

Sonuç

İnceleme konusu yapılan ABD Yüksek Mahkemesi kararında belirtilen “Terör örgütleri, suç teşkil eden eylemleriyle o kadar kusurludur ki, bu örgütlere herhangi bir katkı onların bu eylemlerini kolaylaştırıcaktır. PKK'nın cinayet işleyen bir örgüt olduğu bilinmektedir ve bu örgütün şiddet eylemleri o denli kirlidir ki, onlarla işbirliği içinde olmak veya onların emrine girmek, onların terör yöntem ve araçlarını meşrulaştırmak ve geliştirmek anlamına gelecektir” şeklindeki ibarenin anlam ve sonuçları hukukî bakımdan büyük önem taşımaktadır.

Bu kararlar, bir terör örgütüne sağlanacak yardım veya kaynağın niteliği ne olursa olsun bu örgütün terör eylemlerine katkı sağlamak olacağı, terör örgütlerine barışçıl olarak nitelenen danışmanlık ve destek faaliyetlerinin de, ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilemeyeceği açıkça ortaya konulmuş olmaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesinin “terör örgütüne yardım etmek” kavramını tanımladığı ve hukukî sınırlarını çizdiği bu kararının; bilhassa Avrupa ülkelerine “iyi uygulama örneği” olarak aktarılması, terörle mücadelede uluslararası

dayanışma ve işbirliği ruhuna uygun sonuçlar elde edilmesine ve Türkiye'nin bu alandaki hukukî ve fiili mücadelesine olumlu katkı sağlayacaktır.

Öte yandan, Aydın-Almanya kararıyla sergilenen AİHM içtihadında ise, Almanya'da yasaklı örgütlerden olan PKK için düzenlenen imza kampanyası kapsamında hazırlanan bildiriye imza koyması nedeniyle, Alman mahkemesince başvuranın para cezasına mahkûm edilmesinin, ifade hürriyetini ihlâl etmediği sonucuna varılmıştır. Bu karar uyarınca, terör örgütlerinin yasaklanmış faaliyetlerini meşrulaştırma ve yasakların arkasının dolanılması girişimlerine izin verilmemesinin, AİHS ve Eki Protokollerle uyumlu olduğu sonucuna varılmış bulunmaktadır. Söz konusu karar, Avrupa Konseyi bakış açısını ortaya koyması ve ifade hürriyetinin sınırlarını terör örgütü bağlamında çizmesi açısından önem taşımaktadır.

AİHM'in yargı yetkisini tanımış olan diğer Avrupa ülkeleri bakımından da emsal niteliği taşıyan bu kararın, öteki Avrupa ülkeleri uygulamalarına dayanak teşkil etmesi ve Türkiye'nin teröre karşı dayanışma konusunda fiili desteğini yeterince göremediği bu ülkeleri olumlu yönde teşvik etmesinin, bu kararın olumlu hukukî sonuçlarından biri olabileceği düşüncesindeyiz.⁴

İncelenen ABD Yüksek Mahkemesi ve AİHM kararlarının ortak noktasının ise, terör örgütlerine doğrudan veya dolaylı yardım ya da destek teşkil edebilecek her türlü etkinlik ve faaliyetin yasaklanması gerektiği konusunda birleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Bu ortak bakış açısının, terörle mücadele alanında ihtiyaç duyulan etkin uluslararası işbirliğine katkı sağlaması, gerek Türkiye'nin gerekse uluslararası toplumun belki de en büyük kazanımı olacaktır.

⁴ Diğer taraftan, AB Resmi Gazetesinin L 164, 22.6.2002 P. 0003-713'te yayımlanan, 13 Haziran 2002 tarihli "Terörizmle Mücadeleye Dair Avrupa Konseyinin 2002/475/JHA Sayılı Çerçeve Kararı"nın 2/2.maddesinde: "Her üye devlet aşağıdaki kasti fillerin cezalandırılması için gerekli tedbirleri alır: a)Terör örgütünü yönetmek, b)Terör örgütlerinin suç faaliyetlerine katkı sağlayacağını bilerek örgüt faaliyetlerine, bilgi veya materyal temin etmek ya da mali destek sağlamak." denilmektedir. Buna karşılık, incelenen kararlara konu edilen PKK terör örgütü, 2001 tarihli "Terör ile Mücadele Hakkındaki AB Ortak Pozisyon Belgesi"nde terör örgütleri listesinde yer almasına karşın, AB üyesi birçok Avrupa ülkesinde örgütlenme, malî kaynak elde etme gibi olanaklara sahip olmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

BEŞE, Ertan, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin, Ankara, 2002.

CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2008.

JACOBS/WHITE/OVEY, The European Convention on Human Rights, Fifth Edition, Oxford, 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI:

<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1498.pdf> ,Erişim: 28.3.2011.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=68728784&skin=hudoc-pr-en&action=request> , Erişim:28.3.2011.